مشروعات تقنين أحكام العشرية الاسلامية (*)

(أولا) تشكيل لجان خاصة

للنظر فى أعمال لجان تقنين الشريعة الاسلامية

رئيس المجلس :

يسعدنى أن أعرض على المجلس ماتم إنجازه فى موضوع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية الذى طال انتظار الشعب له .

كان المجلس — إعمالا لحكم المادة الثانية من الدستور — قد وافق بجلسته المعقودة فى ١٧ من ديسمبر سنة ١٩٧٨ ، على تشكيل لجنة خاصة لدراسة الاقتراحات الخاصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتقنينها ، وقد رخص للجنة فى أن تستهدى بكل الدراسات والتقنينات والقوانين الخاصة بتطبيق أحكام التشريعة الإسلامية ، سواء فى مصر أو فى الخارج ، كما رخص المجلس لها فى الاستعانة بمن تراه من الخبراء والمتخصصين فى الشريعة الإسلامية وفى القانون .

واستنادا إلى هذا القرار ، ضم إلى اللجنة الخاصة بعض أساتذة الشريعة الإسلامية والقانون وبعض رجال القضاء ، وعقدت اللجنة أول اجتماع لها فى ٢٠ من ديسمبر سنة ١٩٧٨ برئاستى . وقد بدأت اللجنة — تيسيرا للعمل ورغبة فى الإسراع وإنجاز مهمتها — بتشكيل سبع لجان فرعية ، هى لجان : التقاضى ، والقوانين الاجتماعية ، والمعاملات المالية والاقتصادية ، والقانون المدنى ، والعقوبات ، والتجارة ، والتجارة البحرية .

وقد أنجزت هذه اللجان معظم أعمالها ، وعرضتها على اللجنة الخاصة التى رأت أن تستأنس برأى الأزهر الشريف والجامعات والجهات القضائية ، فبعثت إليها بهذه الأعمال لإبداء الرأى فى شأنها .

وقد روجعت بعض المشروعات المقترحة فى ضوء ما انتهى إليه من رأى أو اقتراح من تلك الجهات واكتملت صياغتها النهائية .

كما أحطت المجلس علما فى ١٢ من يولية سنة ١٩٨٠ فى بيانى إليه عن نشاطه خلال دور الانعقاد العادى الاول بمناسبة فض هذا الدور ، بما انتهت إليه لجان تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وما أنجزت من عمل .

وفى ٢٩ من أبريل سنة ١٩٨١ أحيط المجلس علما بذلك وأقر تشكيل اللجنة الخاصة ، ولجانها الفرعية بعد أن أحيط علما بكل ما أنجزته هذه اللجنة ولجانها الفرعية .

وأحطته كذلك — فى بيانى إليه فى ١٢ من أغسطس سنة ١٩٨١ عن نشاط المجلس خلال دور الانعقاد العادى السابق بمناسبة فض هذا الدور أيضا — بما انتهت إليه تلك اللجان فى إنجاز مهمتها .

وإذ لم يتسن حتى الآن عرض المشروعات التى اكتملت صياغتها على المجلس ، فإنى أقترح على حضراتكم الموافقة على إعادة تشكيل اللجنة الخاصة على أن تعاونها سبع لجان فرعية ، وتتولى اللجنة الخاصة وضع خطة العمل ومتابعة أعمال اللجان الفرعية والتنسيق بين ماتنجزه من أعمال ، وتتولى كل لجنة من اللجان الفرعية دراسة أحد المشروعات التى أنجزتها اللجنة الفنية السابقة وهى :

١ — لجنة التقاضى .

٢ — لجنة القوانين الاجتماعية .

٣ — لجنة المعاملات المالية والاقتصادية .

٤ — لجنة المعاملات المدنية .

٥ — لجنة العقوبات .

٦ — لجنة التجارة العامة .

٧ — لجنة التجارة البحرية .

واللجنة الخاصة وغيرها من اللجان الفرعية الاستعانة بمن ترى الاستعانة به من الخبراء والمتخصصين فى الشريعة الاسلامية والقانون .

ومعنى ذلك أن هناك مشروعات تمت صياغتها بعد استطلاع رأى كل الجهات المسئولة المختصة ، ولما كان الأمر يقتضى تشكيل لجان خاصة طبقا للدستور واللائحة لعرض الموضوع على المجلس فى صيغته النهائية ، فإنى أقترح على حضراتكم هـذا الأسلوب حتى يتسنى لنا نظر ذلك فى الاجتماع المقبل إن شاء الله .

فهل توافقون حضراتكم على مبدأ تشكيل هذه اللجان ؟

(موافقة) .

(*) مضبطة الجلسة الحادية والستين (دور الانعقاد العادى الثالث من الفصل التشريعى الثالث) المعقودة بتاريخ ٢٠ يونيه ١٩٨٢

رئيس المجلس :

إستنادا إلى نص الفقرة الثانية من المادة ٨٢ من اللائحة الداخلية للمجلس فإنى أقترح على حضراتكم الموافقة على أن يكون تشكيل هذه اللجان على النحو الآتى :

أولا اللجنة الخاصة :

الدكتور صوفى أبو طالب ... ... رئيسا

أعضاء:

الأستاذ حافظ بدوى ... ...

« إبراهيم شكرى ... ...

« أحمد على موسى ... ...

الدكتور كامل ليلة ... ...

« جمال العطيفى ... ...

« طلبة عويضة ... ...

الأستاذ ممتاز نصار ... ...

الدكتور محمد على محجوب ... ...

الأستاذ حنا ناروز ... ...

وينضم إليهم من الأساتذة والمتخصصين السادة :

أعضاء:

فضيلة الأمام الأكبر شيخ الأزهر ... ...

وزير العدل ... ...

وزير الأوقاف ... ...

رئيس جامعة الأزهر ... ...

فضيلة المفتى ... ...

رئيس محكمة النقض ... ...

رئيس مجلس الدولة ... ...

النائب العام ... ...

رئيس إدارة قضايا الحكومة ... ...

رئيس محكمة استئناف القاهرة

مدير عام النيابة الإدارية

عبد العزيز عيسى وزير شئون الأزهر سابقا

عبد المنعم النمر وزير الأوقاف سابقا

زكريا البرى وزير الأوقاف سابقا

عبد المنعم فرج الصدة نائب رئيس جامعة القاهرة سابقا

أعضاء:

عبد الحليم الجندى رئيس إدارة قضايا الحكومة سابقا

إبراهيم القليوبى النائب العام سابقا

أحمد ثابت عويضة نائب رئيس مجلس الدولة

أحمد فتحى مرسى نائب رئيس محكمة النقض سابقا وعضو مجلس الشورى

عبد الله المشد عضو مجمع البحوث الإسلامية

عطية صقر « « « «

إبراهيم الوقفى « « « «

محمد أنيس عبادة رئيس قسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون سابقا

حسين حامد رئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة القاهرة

إبراهيم صالح نائب رئيس محكمة النقض

أحمد السيد سليمان نائب الأمين العام السابق لمجلس الشعب ومستشار رئيس المجلس

الدكتور جمال الدين محمود أمين عام المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

الدكتور فتحى سرور أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائى بحقوق القاهرة

نقيب المحامين

عمداء كليات الحقوق .

عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر .

اللجان الفرعية

١ — لجنة التقاضى :

الأستاذ ممتاز نصار ... ... رئيسا

أعضاء:

« عبد الرحمن توفيق على خشبة ... ...

« عبد الله على حسن ... ...

« فتحى زكى الصادق محمد على ... ...

الأستاذة بثينة الطويل ... ...

الأستاذ حامد على كريم ... ...

الأستاذة عنايات أبو اليزيد يوسف ... ...

الأستاذ إبراهيم الزاهد ... ...

« على السيد هلالى ... ...

٢ — لجنة القوانين الجنائية :

الأستاذ حافظ بدوى ... ... رئيسا

« كمال خير الله ... ...
« وديع داود فريد ... ...
« حسين المهدى ... ...
طارق عبد الحميد الجندى ... ...
« حازم أبو ستيت ... ...
« محمد عبد الغفار السودانى ... ...
« محمد عبد الحميد المراكبى ... ...

أعضاء

٣ — لجنة المعاملات الدينية :

الدكتور جمال العطيفى ... ... رئيسا

الأستاذ عبد البارى سليمان ... ...
« صلاح الطاروطى ... ...
« جورج روفائيل رزق ... ...
« عبد الرحيم عبد الرحمن حمادى ... ...
« على على الزقم ... ...
« محيى الدين عبد الغفار محرم ... ...
« عويس عبد الحفيظ عليوة ... ...
الأستاذة سماء الحاج أدهم محمد عليوة ...

أعضاء

٤ — لجنة التجارة البحرية :

الأستاذ أحمد على موسى ... ... رئيسا

« حنا ناروز ... ...
« مصطفى غباشى ... ...
« عبد الغفار أبو طالب ... ...
« حسن أبو هيف ... ...
« عبد السميع عبد السلام مبروك ... ...

أعضاء

٥ — لجنة القانون التجارى :

دكتور محمد كامل ليلة ... ... رئيسا

الأستاذ حسين وشاحى ... ...
« أحمد أبو زيد الوكيل ... ...
« سعد أحمد بهنساوى قناوى ... ...
« عدلى عبد الشهيد ... ...
« عرفات محمد محمود شلباية ... ...

أعضاء

٦ — لجنة القوانين الاجتماعية :

الدكتور محمد على محجوب ... ... رئيسا

الأستاذ محمود على أبو زيد ... ...
الأستاذة فايدة كامل ... ...
الأستاذ أحمد محمد أبو زيد ... ...
« محمود نافع ... ...
« محمود أحمد سلام أبو عقيل ... ...
« إسماعيل أبو المجد رضوان ... ...
« أبو المكارم عبد العزيز عبد الرحيم ...
« نشأت كامل برسوم ... ...
« محمود الفران ... ...

أعضاء

٧ — لجنة القوانين المالية والاقتصادية :

الدكتور طلبة عويضة ... ... رئيسا

الأستاذ حسن وزيرى السيد ... ...
« مصطفى محمد سليمان ... ...
« أسطفان باسيلى ... ...
« محمد عامر جاب الله ... ...
« شاكر السعيد قزامل ... ...
« محمود محمد عبد الرحمن دبور ... ...
« الشيخ صلاح أبو إسماعيل ... ...

أعضاء

وهذه اللجان وظيفتها النظر فى المشروعات التى أنجزت وإعداد تقرير عنها بصلاحيتها أو بتعديلها حسبما ترى اللجنة الخاصة لكى يعرض على المجلس تمهيدا لإحالتها إلى لجنة الشئون الدستورية والتشريعية لمناقشتها واستطلاع الرأى فيها تمهيدا لعرضها على المجلس.

فهل توافقون حضراتكم على هذا التشكيل ؟

(موافقة)

(ثانيا) بيان السيد الدكتور رئيس مجلس الشعب

عن مشروعات تقنين الشريعة الاسلامية

رئيس المجلس :

الإخوة والأخوات أعضاء المجلس :

يسعدنى اليوم ونحن نختتم هذه الدورة من أدوار انعقاد المجلس الموقر ، أن يكون حسن الختام بفضل الله وتوفيقه عملا خلاقا وهو انجاز عمل تاريخى ضخم — إلا للتعديل الدستورى للمادة الثانية من الدستور — التى تقضى بأن تكون مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع .

ولقد وافقتم حضراتكم بجلسة ٢٠ يونية ١٩٨ على تشكيل اللجنة الخاصة واللجان الفرعية التى ستتولى تقديم مشروعات تقنين الشريعة الإسلامية التى تم انجازها ولعل حضراتكم تذكرون ماعرضته على المجلس من المراحل المختلفة التى مر بها هذا العمل الجليل منذ اتخذ المجلس فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٧٨ قراره بالبدء فى تقنين الشريعة ، ولست بحاجة إلى الحديث عن الجهود أو الصعوبات التى اكتنفت إعداد هذه التشريعات فحسبنا اليوم أن الأمل والرجاء قد تحولا إلى عمل جليل بناء .

إنه وإن كان الزملاء رؤساء اللجان الفرعية ، سيقدمون لحضراتكم بيانا عن كل من هذه المشروعات الا أنه يجدر بى ، أن أشير بادئ ذى بدء إلى أن وضع الشريعة الإسلامية موضع التطبيق والنزول على أحكامها هو عودة بالشعب المصرى ، بل بالأمة العربية والإسلامية كلها إلى ذاتها العربية الإسلامية بعد اغتراب عشناه فى ظل القوانين الأجنبية أكثر من قرن من الزمان . إنه إنهاء للتناقض بين القيم الأخلاقية — نبت هذه الأرض الطيبة — والسياج الحضارى الذى يربط شعبنا بين القوانين الوضعية كما يتضح من النظرة الدينية والأخلاقية فى شأن بعض الأعمال كالزنا وشرب الخمر ، والربا ، وبين النظرة إليها وفقا للقوانين الوضعية القائمة فى هذا الخصوص ، وما يترتب على ذلك من تمزق نفسى ، بل إحباط ، للتناقض بين ما يؤمن به الإنسان المصرى والقوانين التى تحكمه .

ويجدر بى فى هذا المقام وقبل أن أعرض للسمات الرئيسية والملامح الأساسية لهذه التشريعات ، أن أسجل أمامكم ، أن هذا العمل الذى أنجزناه إعمالا للمادة الثانية من الدستور ، قد روعى فى إعداده وسيراعى فى تطبيقه أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الدستورية على السواء ، بمعنى أننا كلنا يعلم أن الإسلام يكفل حرية العقيدة لغير المسلمين من أهل الكتاب إعمالا لمبدأ " لا إكراه فى الدين " ، كما يكفل المساواة بين المسلمين وغير المسلمين فى الحقوق والواجبات إعمالا لمبدأ " لهم ما لنا وعليهم ما علينا " ويجدر بنا هنا أن نؤكد أن الدستور المصرى قد أفرد العديد من المواد لتطبيق هذين المبدأين ، من ذلك المادة ٤٠ من الدستور التى نصت على أن :

" المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة ، لاتمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " .

كما نصت المادة ٤٦ على أن :

" تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية "

وهذان النصان الدستوريان قاطعان وحاسمان فى تقرير المبدأين الإسلاميين " لا إكراه فى الدين " " ولأهل الكتاب ما للمسلمين ولهم ما عليهم " .

وفضلا عما سبق ، فمن المسلمات أنه يتعين تفسير أى نص فى الدستور بما يتفق مع باقى نصوصه وليس بمعزل عن أى منها ، وهذا ما يخضع له تفسير النص المعدل للمادة الثانية من الدستور مثل باقى نصوصه . كما أنه من المسلمات أيضا أن مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء تقرر أن غير المسلمين من أهل الكتاب يخضعون فى أمور أحوالهم الشخصية من زواج وطلاق وغيرهما لشرائع ملتهم ، وقد استقر على ذلك رأى فقهاء الشريعة منذ أقدم العصور نزولا على ما ورد فى الكتاب والسنة ولذلك روعى فى التقنينات خضوع غير المسلمين فى مسائل الأحوال الشخصية لقوانين ملتهم .

وأهم الملامح الأساسية للتقنينات الجديدة تظهر فيما يلى :

١ — أن هذه التقنينات مأخوذة من الشريعة الإسلامية نصا أو مخرجة على حكم شرعى أو أصل من أصولها وذلك دون التقيد بمذهب فقهى معين ، ومن هنا استنبطت الأحكام من آراء الفقهاء التى تتفق ، وظروف المجتمع ، ولست فى حاجة إلى أن أذكر لحضراتكم أن الأحكام الشرعية تنقسم إلى قسمين :

النوع الأول : أحكام قطعية الثبوت والدلالة ، وهذه لا مجال للاجتهاد فيها .

النوع الثانى : أحكام اجتهادية ، إما لأنها ظنية الثبوت وإما لكونها ظنية الدلالة ، ومن المسلم بالنسبة للأحكام الاجتهادية أنها تتغير بتغير

الزمان والمكان الأمر الذى أدى إلى تعدد المذاهب الإسلامية بل والآراء داخل المذهب الواحد ، وهو ما أعطى للفقه الإسلامى مرونة وحيوية أمكن معها القول بأن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان .

٢ — حرصت اللجان الفنية التى تولت إعداد هذه التشريعات على بيان الأصل الشرعى لكل نص من النصوص أو الأصل أو المبدأ الذى خرجت الحكم عليه حتى يكون الرجوع فى التفسير والتأويل إلى مراجع الفقه الاسلامى بدلا من الالتجاء دائما إلى الفقة الأجنبى .

٣ — أما بالنسبة للعلاقات الاجتماعية والمعاملات المالية الحديثة التى استحدثت ولم يتطرق لها فقهاء الشريعة فقد اجتهدت اللجان فى استنباط الأحكام التى تتفق وظروف المجتمع وروح العصر بشرط مطابقتها لروح الشريعة الاسلامية وأصولها ومن أمثلة ذلك معاملات البنوك والتأمينات وطرق استثمار المال . . الخ .

٤ — إنه فى سبيل الحفاظ على التراث الفقهى المصرى ومبادىء القضاء التى استقرت طوال القرن الماضى فقد حرصت اللجان على الأخذ بالمصطلحات القانونية المألوفة ولم تخرج عليها فى الصياغة إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك ، أما المضمون والمعانى فهما مطابقان للفقه الاسلامى .

والتشريعات التى تم إنجازها هى :

١ — مشروع قانون المعاملات المدنية : ويقع فى أكثر من ١٠٠٠ مادة .

٢ — مشروع قانون الاثبات : ويقع فى ١٨١ مادة .

ومشروع قانون التقاضى . ويقع فى ٥١٣ مادة .

٣ — مشروع قانون العقوبات : القسم العام والحدود والتعزيرات ويقع فى ٦٣٥ مادة .

٤ — مشروع قانون التجارة البحرية : ويقع فى ٤٤٣ مادة .

٥ — مشروع قانون التجارة : ويقع فى ٧٧٦ مادة .

الإخوة والأخوات :

إن هذا العمل التاريخى الذى كانت إشارة البدء فية من مجلسكم الموقر مازال بحاجة إلى جهد جهيد يتعين أن يسعى إليه كل الذين يريدون للشريعة الازدهار ، كل فى مجال تخصصه وهذا يقتضينا أن نبدأ منذ الآن بما يأتى :

(١) تهيئة المناخ الاجتماعى لقبول التقنينات الجديدة ويكون ذلك عن طريق وسائل الإعلام المتعددة وعقد جلسة استطلاع فى الموضوعات التى جدت فى المجتمع بعد إقفال باب الاجتهاد ، وتبنت اللجنة بعض الآراء فيها مثل أعمال البنوك ونظم التأمين ونظم استثمار الأموال . . . الخ

(٢) يتعين تنظيم دورات تدريبية حتى ينفسح المجال أمام القضاة لدراسة واستيعاب التشريعات الجديدة .

(٣) يتعين تغيير برامج الدراسة فى كليات الحقوق فى الجامعات المصرية بما يتمشى مع التقنينات الجديدة .

حفظ الله أمتنا وسدد خطاها على طريق العزة والنصر بقيادة رئيسنا وقائدنا الرئيس محمد حسنى مبارك .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

(ثالثا) كلمة السيد العضو ممتاز نصار

رئيس لجنة التقاضى عن :

١ – مشروع قانون اجراءات التقاضى

٢ – مشروع قانون الاثبات

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد الاستاذ الدكتور رئيس المجلس ، السادة الأعضاء :

أود قبل أن أبدأ تلاوة تقرير اللجنة عن مشروعى قانونى إجراءات التقاضى والإثبات أن أتوجه بالشكر والعرفان إلى مجلس الشعب الموقر ورئيسه السيد الدكتور صوفى أبو طالب على الجهد الوفير الذى صاحب إجراءات تعديل هذه القوانين بالصورة التى أنتهت إليها هذه التعديلات وكذلك أتوجه بالشكر إلى رئيس لجنة إجراءات التقاضى السابق السيد العضو فضيلة الشيخ صلاح أبو إسماعيل ، ولقد ساهم بجهد وافر فى هذه العملية .

والآن أقدم لحضراتكم تقريرا موجزا عن مشروع قانون التقاضى فى المعاملات المدنية والتجارية ، وكانا نعلم أن لجنة تقنين إجراءات التقاضى والمرافعات بدأت عملها فى فبراير سنة ١٩٧٩ ، بناء على تكليف من السيد الدكتور رئيس مجلس الشعب لتقنين وإعادة صياغة مواد قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الإثبات الحاليين بما يتفق وقواعد أحكام الشريعة الإسلامية ، وثار الجدل فى بداية عمل اللجنة هل يقتصر هذا العمل على مراجعة واستعراض النصوص الحالية لتحديد ما يخالف منها تلك الأحكام فتلغيه او تعدله بما يتفق مع الأحكام الشرعية وما لا يخالفها تبقيه على حاله أم أنه يجب تأصيل كل مادة من مواد المشروع المعدل ليكون لكل حكم أصله الشرعى الصحيح سواء من كتاب الله عز وجل أو سنة رسول الكريم صلى الله عليه وسلم أو من الإجماع أو من آراء الفقهاء الشرعيين ، واخذت اللجنة المذكورة بالرأى الأول على أساس أنه يؤدى إلى سرعة الإنجاز .

وقسمت اللجنة عملها إلى خمسة أقسام أسندت كل قسم منها إلى لجنة فرعية وهذه اللجان الخمس هى : لجنة نظام القضاء وترتيب المحاكم ، ولجنة الدعوى والحسبة ، ولجنة إجراءات التقاضى ، ولجنة الإثبات ، ولجنة الحكم وطرق الطعن فى الأحكام وتنفيذها .

وقدمت كل لجنة من هذه اللجان الفرعية تقريرها إلى لجنة تقنين إجراءات التقاضى التى وضعت تقريرا عاما اعتمدت فيه على قاعدة أن الأصل فى الأشياء الإباحة والحل مالم يرد دليل التحريم ، وفى ضوء ذلك أقرت من مواد قانون المرافعات الحالى الصادر به القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ما لايتعارض مع أصل من أصول الشريعة الإسلامية ، أما ما تعارض منها مع هذه الاصول فقد تناولته اللجنة المذكورة بالتعديل أو الإضافة أو الحذف أو استحداث بعض مواد جديدة ، وبعد الانتهاء من هذا العمل قدمت تقريرها بذلك إلى اللجنة العامة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب وأرفقت به نصوص اقتراحاتها بمشروعات القوانين التى وضعتها لتعديل قوانين المرافعات والإثبات والسلطة القضائية .

ولكن اللجنة العامة سالفة الذكر أعادت هذا التقرير لتأصيل المواد التى اشتمل عليها جميعا ولربط التشريع بمصادره الأصلية من الكتب الشرعية وعدم الاقتصار على تعديل ما يخالف أحكام الشريعة وإبقاء ما لا يخالفها .

وفى يوليو سنة ١٩٨١ أصدر السيد الدكتور رئيس المجلس قرارا بتشكيل لجنة ثنائية من الأستاذين المستشار إبراهيم القليوبى النائب العام السابق وفضيلة الشيخ إبراهيم الوقفى عضو مجمع البحوث الإسلامية ومفتش العلوم الدينية بالأزهر سابقا ، وذلك للقيام بهذا التأصيل .

وبدأت اللجنة الثنائية عملها فى سبتمبر سنة ١٩٨١ وقامت به على ثلاث مراحل أولاها مرحلة الرجوع إلى أهم المراجع الشرعية اللازمة لهذا العمل واختارت ما يزيد على الخمسة والعشرين مرجعا من أمهات الكتب لأئمة الفقهاء والمجتهدين المشهورين وكتب التفسير والحديث وقامت مكتبة مجلس الشعب باحضار تلك الكتب وتعذر الحصول على البعض القليل منها ، وجعلت اللجنة مقر عملها مكتبة مجلس الشعب أو فى أماكن أخرى وكانت تعقد ثلاث جلسات أسبوعيا أو جلستين ، واستغرقت مراجعة تلك المراجع حتى نهاية شهر ديسمبر سنة ١٩٨١ تم فيها استخلاص كل ما يتعلق بموضوعات بحثنا فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وجمع هذه الخلاصات .

وبعد أن أتمت اللجنة الثنائية هذه المرحلة الأولى بدأت مرحلتها الثانية وهى الحاق تلك الخلاصات والابحاث التى تم جمعها كل فى موضعه المناسب من أعمال أقسام قانون المرافعات الموزعة على لجانه الفرعية الخمس سالفة الذكر .

وفى أوائل يناير سنة ١٩٨٢ بدأت اللجنة المرحلة الثالثة الهامة والأخيرة من العمل وتتمثل فى تأصيل المواد التى لم تؤصل وردها إلى أصولها الشرعية من كتاب وسنة أو إجماع أو رأى فقهى لربط التقنين المنشود بمصادره الشرعية وليكون الرجوع إلى تلك الأصول والمراجع الاسلامية ، لا للقوانين والمراجع الاجنبية عند اختلاف وجهات النظر فى التطبيق ، وذلك مع الإفادة بالتقنينات ومشروعات التقنين الإسلامى الموجود ،

حاليا ، مع الحرص على الابقاء على الهيكل العام للتشريع المصرى القائم ، وعلى تذييل كل مادة أو بعض المواد المتعلقة بموضوع واحد بقدر الامكان بمذكرة إيضاحيه يبين فيها الحكم ومصادره الشرعية من كتب الفقه الإسلامى وذلك بدءا بالقسم الأول من أقسام القانون وهو القسم الخاص بنظام القضاء وترتيب المحاكم واختصاصاتها ثم بباقى الأقسام الاخرى تباعا ، أما المواد المنظمة لأمور مستحدثة ليس لها أصول شرعية ولا تخالف هذه الأصول فإن وضعها فى المشروع سيكون تأصيله إستنادا إلى قاعدة المصالح المرسلة التى تجيز لولى الامر وضع المناسب من النظم لتحقيق مصالح المجتمع مادامت لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ولم يرد نص شرعى باعتبارها أو بالغائها .

مصادر المشروع ومنهجه

راعت اللجنة أن للمشروع مصدرين : أولهما الكتاب والسنة والاجماع وآراء الفقهاء المدونة فى كتب الفقه الاسلامى وثانيها سلطة ولى الأمر وفقا للأحكام الشرعية فى تنظيم شئون الدولة ومنها القضاء ، والغاية من هذا المصدر تحقيق المصلحة التى يعتبرها الشارع فيما لم يرد فيه نص .

كذلك راعت اللجنة فى منهج المشروع أنه لم يمتد إلى إجراءات التقاضى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والتى خصص لها قانون المرافعات الحالى الكتاب الرابع منه بدءا من المادة ٨٦٨ الى المادة ١٠٣٢ على أساس أن يصدر بها قانون مستقل ، جريا على المنهج الذى سارت عليه لجنة الإثبات فى مشروعها الذى قدمته لمجلس الشعب استنادا إلى أن التكليف الصادر إلينا من هذا المجلس هو وضع مشروع قانون إجراءات التقاضى فى المواد المدنية والتجارية من الفقه الإسلامى ولم تدخل الأحوال الشخصية فى دائرة تقنين الشريعة بمجلس الشعب وهى مسائل مختلفة بطبيعتها عن مسائل المعاملات المالية ، مما أقتضى أن يكون لها فى كثير من الأحيان قواعد خاصه بها تخالف القواعد فى المسائل المدنية والتجارية خاصة وأن أحكام الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المسلمين تختلف عنها بالنسبة للمسلمين وليس المراد توحيدها بين المسلمين وغيرهم لقيامها على العقيدة الدينية ، ومن أجل هذه الأعتبارات لم تدخل لجنة إجراءات التقاضى فى عملها الكتاب الرابع من قانون المرافعات الحالى وهو الخاص بإجراءات الأحوال الشخصية على أساس أن يصدر به وبقواعد الاثبات الخاصة بها قانون مستقل ، ولذلك أقتصر عمل اللجان الفرعية الخمس على مراجعة تقنين قانون المرافعات الحالى فى المواد المدنيه والتجارية ابتداء من المادة الأولى حتى المادة ٥١٣ منه فقط .

مبادئ المشروع

وقد قام المشروع المرفق على المبادئ الآتية :

المبدأ الأول — ربط التقنين المنشود بمصادره الشرعية من كتاب الله أو سنة رسوله الكريم أو إجماع أو رأى من آراء الفقهاء المدونة فى كتب الفقة الإسلامى ليكون الرجوع إلى تلك الأصول والمراجع الإسلامية لا للقوانين الأجنبية عند اختلاف وجهات النظر فى التطبيق .

المبدأ الثانى — عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقة الإسلامى ولو كان المذهب الحنفى وذلك خروجا من ضيق المذهب الواحد إلى سعة شريعة الإسلام بمذاهبها المختلفة إذ إن المذاهب الفقهية الإسلامية ليست إلا وجهات نظر لأصحابها لا يقيد غيرها إلا بقدر ما يقوم الدليل على صحته وعلى تحقيقة للمصلحة المعتبرة شرعا .

المبدأ الثالث — أنه بالنسبة للمواد المنظمة للأمور المستحدثة والتى ليس لها أصول شرعية ولا تخالف هذه الأصول فإن وضعها فى المشروع سيكون استنادا إلى قاعدة المصلحة المرسلة التى تجيز لولى الأمر وضع النظم المناسبة لتحقيق مصالح المجتمع مادمت لا تتعارض مع أحكام الشرع وهى التى لم يرد نص شرعى باعتبارها أو بإلغائها ، وأخذا بما تعارف الناس عليه فى حياتهم وتعاملوا به وفقا لحكم الشريعة الإسلامية لأن القانون يجب أن يكون وثيق الصلة بحياة المجتمع عاداته وتقاليدة .

المبدأ الرابع — عدم محاولة استقصاء كل التفاصيل والفروع أو النص على حكمها أكتفاء بالكليات تحقيقا لغرض المرونة وتمكينا للقضاء الفقة من دورهما فى تطبيق تلك الكليات على الواقعات وفقا للقواعد المقررة فى الفقة الإسلامى .

هيكل المشروع

يشتمل مشروع القانون على :

أولا — الأحكام العامة فى الخصومة والتنفيذ ثم كتابين .

ثانيا — الكتاب الاول فى إجراءات التقاضى وقواعد المرافعات

ثالثا — والكتاب الثانى ويشمل التنفيذ وإجراءاته وشروطه .

الكتاب الأول

ويشمل أربعة أبواب :

الباب الأول : وهو خاص بقواعد نظام القضاء وترتيب المحاكم واختصاصاتها سواء منها الاختصاص الدولى أو النوعى أو المحلى ، ثم أحكام وشروط عدم صلاحية القضاة وردهم وتنحيتهم وأعضاء النيابة العامة وكذلك شروط ونظام التحكيم .

المذكرة الايضاحية

لمشروع قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية

أهمية قواعد الاثبات :

تحتل قواعد الاثبات أهمية خاصة ، اذ أن الحق ـ وهو موضوع التقاضى ـ يتجرد من كل قيمة فى الحياة اذا لم يقم الدليل على المصدر الذى نشأ عنه ، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه ، حتى صدق القول بأن الحق مجردا عن دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء ، من هنا يتعين أن تلقى قواعد الاثبات الموضوعية منها والاجرائية عناية خاصة اذ أنها الوسيلة التى يتوصل بها صاحب الحق الى اقامة الدليل على قيام هذا الحق ، وتقديمه الى القضاء ليمكنه منه .

وتشتمل طائفة القواعد الموضوعية على سبيل المثال على الأحكام المتعلقة بمحل الاثبات وبيان من يقع عليه عبؤه وتفصيل طرقه ، وأحوال اعمال كل من هذه الطرق ، وغنى عن البيان أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام اتقاء المنازعات وتأمين ما ينبغى للتعامل من استقرار .

وتشمل طائفة القواعد الاجرائية على سبيل المثال أيضا ما يتصل منها بالشكل والاجراءات ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق والخبرة .

واذا كانت تلك هى أهمية الاثبات فى سائر النظم فان هذه الأهمية تبدو أكثر وضوحا فى النظام الاسلامى الذى لا يكتفى بتقرير الحقوق ، بل يحرص على اعداد وسيلة اثباتها ، ومن أمثلة ذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أولا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا اذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شىء عليم ، وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة فان أمن بعضكم بعضا فليؤد الذ[ى] أؤتمن أمانته وليتق الله ربه ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آ[ثم] قلبه والله بما تعملون عليم » . (البقرة : ٢٨٢ ـ ٢٨٣) . وغ[ير] ذلك من الآيات والأحاديث الخاصة باعداد الدليل .

كما يحرص النظام الاسلامى أيضا على تمكين أصحاب الحقوق م[ن] التمتع بها بقضاء عادل ، فيقول الله تعالى : « واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (النساء : ٥٨) وعلى حض الخصم على ألا يأخ[ذ] غير حقه حتى ولو قضى له به فيقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « انكم تختصمون الى ، ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شي[ئا] فانما أقطع له قطعة من النار » متفق عليه (بلوغ المرام رقم ١٩٣ ص ١٧) .

ومن ثم يكون من المتعين فى ظل هذا النظام ألا تقف شكلية الدليل المهيأ ، أو اجراءات تقديم الأدلة للقضاء ، عائقا يحول دون تمتع أصحاب الحقوق بحقوقهم .

منهج المشروع :

وقد نهجت التشريعات مناهج شتى فى اختيار الموضع المناسب لقواعد الاثبات ، فذهب بعضها (التشريعات الجرمانية) الى الحاقها بقانون المرافعات ، وهو مذهب يلقى النقد الشديد من الفقه المصرى . وذهب بعضها (التشريعات اللاتينية) الى توزيع تلك القواعد بين القانون المدنى فتختصه بالقواعد الموضوعية ، وبين قانون المرافعات فتختصه بالأحكام الاجرائية ، وهذا المذهب أيضا محل نقد لصعوبة التفرقة بين ما هو اجرائى وما هو موضوعى من قواعد الاثبات ، فضلا عن صعوبة اختيار الموضع المناسب للقواعد الموضوعية فى التقنين المدنى . وذهب البعض الآخر (التشريعات الانجلو سكسونية) الى فصل قواعد الاثبات الموضوعية عن القانون المدنى وفصل قواعد الاثبات الاجرائية عن قانون المرافعات وتجميعهما فى تقنين مستقل . وقد أخذ بذلك التشريع السورى فى قانون البينات فى المواد المدنية والتجارية (رقم ٣٥٩ الصادر فى ١٠ حزيران سنة ١٩٤٧) وكذا التشريع الأمريكى الذى أضاف الى قواعد الاثبات فى المواد المدنية قواعد الاثبات فى المواد الجنائية .

وفى مصر نهج المشرع فى المواد المدنية والتجارية أول الأمر منهج الفصل ، فضمن القانون المدنى الأحكام الموضوعية فى الاثبات وضمن قانون المرافعات القواعد الاجرائية ثم عدل عن ذلك الى منهج الجمع بينهما فاصدر قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ – وهو المنهج الذى اتبعه أيضا فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ اذ جمع فيها بين الأحكام الموضوعية والأحكام الاجرائية فى الباب الثالث الذى عنوانه « فى الأدلة » .

وقد رؤى فى هذا المشروع الاستمرار فى الأخذ بالمنهج الأخير وهو الجمع بين قواعد الاثبات الموضوعية وقواعده الاجرائية فى تقنين مستقل لما فى ذلك من تيسير على صاحب الحق فى التعرف على ما يسند حقه من دليل وطريق تقديمه للقضاء وتجنب الصعوبات التى تنجم عن تشتيت مواد الاثبات بين القانون المدنى وقانون المرافعات مع الصلة الوثيقة التى تجمعهما حتى ليتعذر فى كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعى خالص أو اجرائى خالص ، بل انه لو أمكن ذلك لما كان مرغوبا فيه اذ أن كليهما ينبنى حكمه على الآخر، وأخيرا فقد رأى المشروع فى هذا المسلك تخلصا من النقد الذى يوجه الى موضع مواد الاثبات فى القانون المدنى القائم اذ جاءت فى نهاية الكتاب الأول من القسم الأول الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية فى حين أن حكمها يسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية جميعا وهو نقد أحس به واضعو مشروع القانون المدنى المصرى القائم وكانوا يأملون لو جمعوا بين قواعد الاثبات وقواعد الشهر فى كتاب مستقل .

مصادر المشروع :

وهذا المشروع له مصدران : (أحدهما) آراء الفقهاء المدونة فى كتب الفقه الاسلامى و (الثانى) سلطة ولى الأمر وفقا للأحكام الشرعية فى تنظيم شئون الدولة ومنها القضاء .

أما المصدر الأول فقد توسع فيه بحيث لم يحصر فى مذهب واحد معين ولو كان هو المذهب الحنفى الذى ساد فى ربوع مصر ردحا طويلا من الزمان . وبذلك تحقق الخروج من ضيق المذهب الواحد الى سعة شريعة الاسلام بمذاهبها المختلفة اذ المذاهب الفقهية الاسلامية ليست الا وجهات نظر لأصحابها لا تقيد غيرهم الا بقدر ما يقوم الدليل على صحته وعلى تحقيقه للمصلحة المعتبرة شرعا .

وأما المصدر الثانى فعديته تحقيق المصلحة التى يعتبرها الشارع فيما لم يرد فيه نص عن الشارع أو اجماع أو دليل شرعى آخر .

مبادىء المشروع :

وقد قام المشروع المرافق على المبادىء الآتية :

المبدأ الأول : الثقة فى القاضى بمد سلطته فى الدعوى من حيث الاثبات ولكن فى حدود معينة .

وهناك مذاهب ثلاثة فى القانون فى هذا الصدد :

١ – المذهب الحر أو المطلق : ووفقا لهذا المذهب لا يرسم القانون طرقا محددة للاثبات يقيد بها القاضى ، بل يترك الخصوم أحرارا يقدمون الأدلة التى يستطيعون اقناع القاضى بها ويترك القاضى حرا فى تكوين اعتقاده من أى دليل يقدم اليه .

٢ – المذهب القانونى أو المقيد : وفى هذا المذهب يقيد القانون الاثبات أشد التقييد . ففى هذا المذهب يرسم القانون طرقا محددة تحديدا دقيقا لاثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ويجعل لكل طريق قيمته . ويتقيد بكل ذلك الخصوم والقاضى .

٣ – المذهب المختلط : وهو يجمع بين الاثبات المطلق والاثبات المقيد فهو فى المسائل الجنائية أشد ما يكون اطلاقا اذ يكون الاثبات حرا يتلمس القاضى وسائل الاقناع فيه من أى دليل يقدم اليه شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أى دليل آخر . وفى المسائل التجارية يتقيد الاثبات ببعض التقييد مع بقائه حرا فى الأصل . وفى المسائل المدنية يتقيد الى حد كبير فلا يسمح فيها الا بطرق محددة للاثبات تضيق وتتسع متمشية فى ذلك مع الملابسات والظروف .

والمذهب الأول يميل الى اعتبار العدالة ولو بالتضحية باستقرار التعامل . ولكن حظ العدالة فى هذا المذهب ظاهرى أكثر منه حقيقيا فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الواقعية الى مدى واسع، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضى الجور والتحكم فاذا جار القاضى أو تحكم فى تعيين طرق الاثبات وتحديد قيمها ، ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها فى المذهب القانونى أو المقيد .

والمذهب الثانى يؤثر استقرار التعامل ولو على حساب العدالة . ولكن هذا المذهب ، على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل ، يباعد بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية الا اذا أمكن اثباتها بالطرق التى حددها القانون .

والمذهب الثالث يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود وبين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية بما أفسح فيه للقاضى من حرية التقدير .

(السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، البند ٢٠ ص ٢٧ وما بعدهما) .

وانا لنجد فى الفقه الاسلامى المذهبين الأول والثانى . فذهب البعض الى حصر طرق القضاء فى طائفة معينة (راجع المواد ١٧٥٦ وما بعدها و ١٧٧١ وما بعدها و ١٨١٥ وما بعدها من المجلة) . وذهب البعض الى قبول أى حجة تؤيد المدعى أو دفع الدافع ، ومن أكبر أنصار هذا الرأى ابن القيم فى اعلام الموقعين (جـ ٤ ص٣٠٩ – ٣١١) وفى الطرق الحكمية (ص ١٣ وما بعدها) (وانظر أحمد ابراهيم، طرق القضاء ص ٦ – ١٥).

وقد أثر المشروع اتباع المذهب الثالث الذى يأخذ بمبدأ مد سلطة القاضى فى حدود قواعد عامة مقررة .

اما من حيث المبدأ وهو بسط سلطة القاضى فلما تبين من التجربة أنه ليس شىء أبعد عن الصواب أكثر من أن يفترض فى القاضى قلة الفهم والدراية والبعد عن جادة الحق والصواب فلا يترك له مجال للتفكير والتقدير فيما يعرض عليه من الأمور . وقد دلت التجربة العملية على أن تقييد سلطة القاضى تقييدا شديدا فى تقدير البينة أو حرمانه من ذلك لم يقرب أصحاب الحق من حقوقهم ، بل هو على عكس ذلك قد أبعدهم عن الحق وخلق فى المحيط القضائى ضروبا من طرق التلاعب اللفظى جعلت بين الحق وصاحبه هوة سحيقة وتركت القاضى آلة صماء تقضى بين الناس بلا روح ولا حس ولا تفكير ، ومن المعروف بداهة أن المعاملات بين الناس من التنوع والاختلاف بحيث يتعذر وضع قاعدة ثابتة تهدى الى معرفة الحق من الباطل لأن ذلك مما يخالف طبيعة الأشياء فلا مناص من أن تترك للقاضى حرية التبصر فيما ينظر فيه من القضايا فذلك أهدى الى العدالة وأقرب الى معرفة الحق .

وأما من حيث التقييد بقواعد عامة مقررة فلاتقاء تحكم القضاء وكفالة حسن سير العدالة وتأمين استقرار المعاملات وكل أولئك من قبيل الاعتبارات العامة التى تنهض لا لتوجيه التقييد فى عمومه فحسب بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية فى خصوصياتها ولاسيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالاثبات .

(انظر أول المذكرة الايضاحية لقانون البينات السورى وكذا البند ١٨ من الأسباب الموجبة للائحة القانون المدنى العراقى رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والمذكرة الايضاحية لقانون الاثبات المصرى ولقانون الاثبات السودانى . وأحمد ابراهيم طرق القضاء ص ٦ ـ ٧ و ٠١٥ والسنهورى ، الوسيط ،

(انظر أول المذكرة الايضاحية لقانون البينات السورى وكذا البند ١٨ من الأسباب الموجبة للائحة القانون المدنى العراقى رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والمذكرة الايضاحية لقانون الاثبات المصرى ولقانون الاثبات السودانى . وأحمد ابراهيم طرق القضاء ص ٦ ـ ٧ و ٠١٥ والسنهورى ، الوسيط ،
جـ ٢ ، ص ٢٨ ـ ٣٠) .

المبدأ الثانى : الأخذ بما تعارفه الناس فى حياتهم وتعاملوا به وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، لأن القانون يجب أن يكون وثيق الصلة بحياة المجتمع وعاداته وتقاليده ـ فاقر الخط والامضاء والختم والبصمة (م ٨٦ ، ٨٧) ووضع أحكاما للرسائل العادية والبرقيات والدفاتر والأوراق المنزلية (م ٨٨ ، ٨٩ ، ٩٠) والتاشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين أو الكتابة بما يؤيدها (م ٩١) .

(انظر المذكرة الايضاحية لقانون البينات السورى وقانون الاثبات السودانى) .

المبدأ الثالث : عدم محاولة استقصاء كل التفاصيل والفروع والنص على حكمها اكتفاء بالكليات تحقيقا لفرص المرونة وتمكينا للقضاء والفقه من دورهما فى تطبيق تلك الكليات ، وبيانها ، على الواقعات وفقا للقواعد المقررة فى الفقه الاسلامى .

(مادة ١)

يطبق هذا القانون فى المواد المدنية والتجارية .

(تقابل المادة ٣ من قانون الاثبات السودانى سنة ١٩٧٣) .

المذكرة الايضاحية :

رئى النص فى هذه المادة على نطاق تطبيق قواعد الاثبات . وهذا النطاق هو « المواد المدنية والتجارية » قصرا لها على هذه المواد وابعادا للمواد الأخرى أن تدخل تحتها ذلك أن قواعد الاثبات تختلف باختلاف المواد فهى فى المواد المدنية والتجارية غيرها فى المواد الجنائية وفى مسائل الأحوال الشخصية وهو نفس مسلك المشرع السورى فى قانون البينات الصادر فى ١٠ من حزيران (يونيه) سنة ١٩٤٧ الذى قصر على المسائل المدنية والتجارية ومسلك المشرع المصرى فى قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وقد خالف هذا النص المادة الثالثة من قانون الاثبات فى المواد المدنية لسنة ١٩٧٢ لجمهورية السودان ونصها :

« يطبق هذا القانون على الاثبات فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها من المواد فيما لم يرد بشأنه نص فى القوانين الخاصة بها » رغم ما نص عليه فى المادة الأولى من ذلك القانون على أنه «يسمى هذا القانون : قانون الاثبات فى المواد المدنية لسنة ١٩٧٢ » .

« يطبق هذا القانون على الاثبات فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها من المواد فيما لم يرد بشأنه نص فى القوانين الخاصة بها » رغم ما نص عليه فى المادة الأولى من ذلك القانون على أنه «يسمى هذا القانون : قانون الاثبات فى المواد المدنية لسنة ١٩٧٢ » .

(مادة ٢)

١ ـ تطبق نصوص هذا القانون بدلالاتها المختلفة على المسائل التى تتناولها .

٢ ـ فاذا لم يوجد نص تشريعى يدل على الحكم ، حكم القاضى بأحكام الفقه الاسلامى الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون بدءا بالفقه الحنفى فالفقه المالكى فالفقه الشافعى فالفقه الحنبلى .

٣ ـ واذا لم يوجد طبق القاضى ما أقره القضاء والفقه موافقا للشريعة الاسلامية فى مصر ثم فى البلاد الاسلامية .

(تقابل م ١ مدنى مصرى وم ١ مدنى عراقى وم ٢ مدنى اردنى)

المذكرة الايضاحية :

١ – جمع المشروع فى هذه المادة أدلة الأحكام وهو ما يعرف فى اصطلاح رجال القانون بمصادر القانون • ولم يقصد من جمع هذه الأدلة (أو المصادر) مجرد تعدادها بل أريد بوجه خاص بيان تدرجها من حيث الأولوية فى التطبيق • وتقتصر الفقرة الأولى على بيان أن القاضى يبدأ أول ما يبدأ بالتماس الحكم فى النصوص التى يحويها هذا القانون فاذا وجد الحكم فيها بأى دلالة من الدلالات تعين عليه أن يمضيه وامتنع عليه الخروج عليها•وقد رؤى ابراز المقصود بالنصوص هنا فنص على أن المقصود بها ما تدل عليه بالدلالات المختلفة وهى أربع :

١ – دلالة العبارة : وهى دلالة اللفظ على المعنى المتبادر منه ، وهو الذى سبق له الكلام أصالة أو تبعا • والمقصود أصالة هو الغرض الأول من الكلام • والمقصود تبعا غرض ثان يدل عليه اللفظ ويمكن تحقيق الغرض الأول بدونه – مثال ذلك : « وأحل الله البيع وحرم الربا » فهو يدل بالعبارة على التفرقة بين البيع والربا كما يدل أيضا على حل البيع وحرمة الربا •

٢ – دلالة الاشارة: وهى دلالة اللفظ على معنى غير متبادر منه ولكنه لازم للمعنى المقصود أصالة أو تبعا ، لزوما عقليا أو عاديا ، واضحا او خفيا •

مثال ذلك قوله تعالى « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » مسوق لبيان مدة الحمل والفصال معا وقوله تعالى « وفصاله فى عامين » مسوق لبيان مدة الفصال وحده ، ويلزم من اعتبار الاثنين معا أن تكون مدة الحمل وحدها ستة أشهر ، فهذا من مدلول اشارة النص ، وبه أجمع العلماء على ان أقل مدة الحمل ستة أشهر •

٣ – دلالة الدلالة : وهى دلالة اللفظ على تعدى حكم المنطوق به الى مسكوت عنه لاشتراكهما فى علة يفهم كل عارف باللغة أنها مناط الحكم وتسمى هذه الدلالة : « دلالة النص » و « فحوى الخطاب » و « لحن الخطاب » أى مقصده ومرماه ، ويسميها الشافعية « مفهوم الموافقة » لموافقة حكم المسكوت عنه لحكم المنطوق به فيها •

مثال ذلك قوله تعالى « ان الذين ياكلون أموال اليتامى ظلما انما ياكلون فى بطونهم نارا » فان المنطوق به النهى عن أكل مال اليتيم بغير حق ، وكل من يعرف اللغة يفهم أن علة هذا النهى ما فى الفعل من عدوان ، فيفهم من الكلام النهى عن احراق مال اليتيم واغراقه وغيرذلك من انواع العدوان عليه فدلالة الكلام على هذا من باب دلالة الدلالة •

٤ – دلالة الاقتضاء : وهى دلالة الكلام على مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام على تقديره ، أو لا يستقيم معناه الا به •

مثال ذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا عمل الا بنية » فانالكلام لا يصدق الا بتقدير محذوف بأن نقول مثلا : « لا ثواب لعمل الا بنية » (يراجع كشف الاسرار على البزدوى ، ١ : ٦٧و٢١٠ : ٢١٠)

٢ – وتعرض الفقرة الثانية لحالة نقص التشريع فتحيل القاضى الى أحكام الفقه الاسلامى على اختلاف مذاهبه الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون محافظة على وحدة القانون واتساق أحكامه على أن يبدأ القاضى بالفقه الحنفى فان لم يجد فيه الحكم لجأ الى الفقه المالكى ثم الى الفقه الشافعى ثم الى الفقه الحنبلى وقد روعى فى ذلك الترتيب التاريخى ومدى الانتشار فى مصر • وقد رؤى الاقتصار على هذه المذاهب لغلبة الظن بكفايتها وتحديدا لمرجع القاضى وتيسيرا له •

٣ – فان لم يجد القاضى الحكم فى كتب الفقه الاسلامى طبق أحكام القضاء وآراء الفقه الموافقة للشريعة الاسلامية فى مصر أولا وبذلك يحصل التوفيق بين الابقاء على ما استقر قضاء وفقها فى البيئة المصرية من أحكام وآراء وبين الرغبة الجادة فى تطبيق الشريعة الاسلامية • ويلاحظ أن أحكام القضاء والفقه تمثل ، فى نطاق ما ، العرف ، والشارع الاسلامى يقر العرف • ومن القواعد الشرعية أن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص « (م ٤٥ من المجلة) و «العادة محكمة» « م ٣٦ من المجلة) و « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م ٣٧ من المجلة) والمقصود بالقضاء والفقه هنا القضاء والفقه الموافقان للشريعة الاسلامية فى مصر وفى البلاد الاسلامية ، وقد قصد بالاحالة بعد مصر الى البلاد الاسلامية الافادة مما فيها ثم توثيق الصلات بينها وبين مصر أملا فى التقريب بين قوانينها ان لم يتحقق توحيدها •

(مادة ٣)

١ – البينة على المدعى واليمين على من انكر •

٢ – والمدعى من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أودينا أو حقا والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه •

(م ٤ و ٥ و ٨ و ٩ و ١٠ و١١ و ٧٦ و ٧٧ من المجلة ومن م ٤٤٤ الى م ٤٤٨ من القانون المدنى العراقى و م ٣٨٩ مدنى مصرى و ١ اثبات مصرى و ٣٧٦ مدنى ليبى) •

المذكرة الايضاحية :

١ – يتعين ان يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها متى نوزعت هذه الواقعة أو أنكرت صحتها • وقد بين فى هذه المادة المبدأ العام وهو أن المدعى هو الذى عليه أن يثبت دعواه • فان كان ما يطالب

به مالا فعليه أن يثبت ذلك باثبات المصدر الذى انشأ الحق الذى يدعيه وهذا هو الجوهرى فى هذا الصدد • والمقصود بالمصدر الشرعى للحق معناه العام وهو المصدر الذى يرتب الحق فى ذمة المكلف سواء أكان ايجابا من المكلف نفسه على نفسه (بعقد أو بتصرف انفرادى) أو ايجابا من الشارع كحقوق الجوار • فهذا المصدر سواء من ايجاب المكلف على نفسه أو ايجاب الشارع هو الذى يكون محلا للاثبات • وقد تقررت هذه القاعدة فى الفقه الاسلامى منذ البداية فى عصر لم تكن معروفة فيه فى أوربا مما يكشف عما للفقه الاسلامى من فضل التقدم (السنهورى ، الوسيط ح٢ ، الهامش ٣ ص ٦٧ ـ ٦٨) •

٢ ـ وهذه المادة تقابل المادة الأولى منقانون الاثبات المصرى ونصها: « على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه » وقد فضلت عباره الفقه الاسلامى « (م ٧٦ من المجلة) على عبارة القانون « اثبات الالتزام » الواردة فى القانون المشار اليه اتساقا مع مصطلحات الفقه الاسلامى ، ولان الاثبات فى نطاق القانون المدنى والتجارى ليس مقصورا على اثبات الالتزام (الحق الشخصى) بل يتناول الحق الشخصى والحق العينى معا فى نشوئهما وانقضائهما (السنهورى الوسيط ، ج ٢ البند ١٤ ص ٢٠ وما بعدها) •

٣ ـ والفقرة الأولى سندها حديث رواه البيهقى باسناد صحيح « البينة على المدعى ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه • وعن ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى اناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى » رواه البخارى ومسلم (انظر بلوغ المرام البند ١٢٠٩ ص ٢١٩ ، وابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ٩٤ وما بعدها ، واحمد ابراهيم ، طرق لقضاء ص ١٦) •

٤ ـ والمقصود بالبينة «كل مايبين الحق ويظهره • ومن خصها بالشاهدين أو الاربعة أو الشاهد لم يوف مسماها حقه • ولم تات البينه قط فى القرآن مرادا بها الشاهدان ، وانما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان ، مفردة ومجموعة • وكذلك قول النبى صلى الله عليه وسلم «البينه على المدعى» المراد به أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له ، والشاهدان من البينة • ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها ، كدلالة الحال على صدق المدعى فانها أقوى من دلالة أخبار الشاهد • والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والامارة متقاربة فى المعنى • (ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٢ وانظر ايضا ص ٢٤) •

٥ ـ وقد رؤى تعريف المدعى والمدعى عليه بيانا لهما وهو تعريف عام ينصرف الى المدعى فى دعواه وكذا الى المدعى عليه اذا سلك مسلك المدعى فى دفاعه • وقد اختلفت عبارات الفقهاء فى ذلك لان تعيين المدعى من المدعى عليه له أهمية خاصة فى الفصل بين الخصوم ولذلك جاءت تعريفات كثيرة فى هذا الصدد • (انظر فى تفصيل ذلك : البدائع ج ٦ ص ٢٢٤ وتبصرة الحكام ج ١ ، ص ١٢٢ ـ ١٢٤ والمغنى ج ٩ ص٢٧١ ـ ٢٧٢) •

٦ ـ وفى القانون المدنى العراقى وردت النصوص الآتية أخذا عن المجلة :

«م ٤٤٤ ـ الأصل براءة الذمة م ٤٤٥ ـ اليقين لا يزول بالشك م ٤٤٦ ـ يضاف الحادث الى أقرب أوقاته م ٤٤٧ ـ : ١ ـ الأصل بقاء ماكان على ماكان ، والأصل فى الصفات العارضة العدم ٢ ـ وماثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه • م ٤٤٨ : ١ ـ البينة على من ادعى واليمين على من أنكر • ٢ ـ والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بابقاء الأصل » وهذه المواد مأخوذة عن المجلة (انظر من المجلة المواد ٨ ، ٤ ، ١١ ، ٥ ، ٩ ، ١٠ ، ٧٦ ، ٧٧) •

وهذه النصوص تتلخص أحكامها فى أمرين : ١ ـ أن البينة على من أدعى ، والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر واليمين على من أنكر والمنكر هو من يتمسك بابقاء الأصل • ٢ ـ فالأصل هو براءة الذمة وبقاء ماكان على ماكان • وتطبيقا لذلك يكون الأصل فى الصفات العارضة العدم ولايزول بالشك ، ويضاف الحادث الى أقرب أوقاته ، وماثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه •

وهذه الأحكام تلقى الضوء وتوافق ما تقرره هذه المادة وتوافق القانون المصرى بنصه فى المادة ٣٨٩ مدنى والمادة ١ اثبات من أن « على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه » ولكن بعبارة أخصر وأبين وأشمل • (أنظر السنهورى ، الوسيط ، ج٢ ، البند ٤٥ ص ٦٥ وما بعدهما) •

(مـادة ٤)

يجب أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزا قبولها •

(١٥٦ مرافعات مصرى قديم وم ٢ اثبات مصرى و٣ بينات سورى ، ٥ اثبات سودانى و١١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) •

المذكرة الايضاحية :

الوقائع القانونية نوعان ، أولهما : الأعمال القانونية التى تتمثل فى اتجاه الارادة الى أحداث أثر قانونى سواء كان من جانبين كالعقود عموما أو من جانب واحد كالوصية • وثانيهما : أفعال مادية وهى أمور محسوسة يرتب القانون عليها أثرا سواء كانت ارادية كالفعل الضار أو غير ارادية كالقرابة والجوار •

ويشترط فى الواقعة القانونية بنوعيها المراد اثباتها :

١ ـ أن تكون محددة لأن الواقعة غير المحددة لايمكن اثباتها كمن يطالب بدين أو بملكية ويؤسس دعواه على عقد لم يحدد ماهيته •

٢ ـ أن تكون غير مستحيلة .

٣ ـ أن تكون متنازعا فيها لانها اذا كانت معترفا بها من الخصم فلا محل لاضاعة وقت المحكمة فى تحقيقها .

٤ ـ أن تكون متعلقة بالحق المطالب به أى أن يكون الأمر المراد أثباته غير مقطوع الصلة بموضوع الدعوى .

٥ ـ أن تكون منتجة فى الدعوى أى أن تكون مؤثرة فى الفصل فى الدعوى مما يقتضى أن تكون متصلة بالموضوع .

٦ ـ أن تكون جائزة الاثبات قانونا ذلك أن القانون قد لايجيز اثبات واقعة ما تحقيقا لأغراض مختلفة منها المحافظة على النظام العام والآداب .

ويلاحظ أن واقعة التعامل بالربا وبيع المخدرات وأمثالهما يجوز اثباتها لترتيب عدم مشروعيتها وما يترتب على عدم المشروعية من آثار ولكن لايجوز اثباتها لترتيب الآثار عليها باعتبارها صحيحة لأن هذا لايتفق مع النظام العام والآداب .

ولم ير حاجة للنص على الشروط الثلاثة الأولى لأنها بدهية .

(أنظر السنهورى ، الوسيط ، جـ٢ البند ٣٩ ص ٥٧ وما بعدهما)

وقد نص فى المادة ١١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أنه «يجوز للخصم المطلوب استجوابه أن يطلب من المحكمة رفض الأسئلة الموجهة اليه كلها أو بعضها اذا لم تكن متعلقة بالدعوى ولا جائزة القبول شرعا» وهذا يتفق مع حكم هذه المادة أما اغفالها ذكر أن تكون منتجة فى الدعوى فلأنه شرط بدهى لانزاع فيه .

(مـادة ٥)

للقاضى فى حدود مانص عليه فى هذا القانون تقدير البينات والأخذ منها بما يراه محققا للعدل .

المذكرة الايضاحية :

١ ـ وظيفة القاضى هى احقاق الحق ومن ثم وجب اتاحة الفرصة له كى ينظر فيما يقدم اليه من الأدلة وأن يتحقق من صدقها وأن يأخذ منها ما يراه محققا للعدل ولكن فى حدود مانص عليه فى هذا القانون .

٢ ـ وقد بين ذلك ابن القيم فى كتابه الطرق الحكمية ومما قاله فى هذا الصدد :

«وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم اذا ارتاب بالشهود فرقهم وسألهم : كيف تحملوا الشهادة ؟ وأين تحملوها ؟ وذلك واجب عليه متى عدل عنه أثم وجار فى الحكم ـ وكذلك اذا ارتاب بالدعوى سأل المدعى عن سبب الحق وأين كان ؟ ونظر فى الحال ، هل يقتضى صحة ذلك ؟ وكذلك اذا ارتاب بمن القول قوله والمدعى عليه وجب عليه أن يستكشف الحال ويسأل عن القرائن التى تدل على صورة الحال» (ص ٢٤ وما بعدها) .

«والذى اختص به اياس وشريح مع مشاركتهما لأهل عصرهما فى العلم : الفهم فى الواقع والاستدلال بالأمارات وشواهد الحال وهذا الذى فات كثيرا من الحكام فأضاعوا كثيرا من الحقوق» (ص ٣٤) .

«والمقصود أن الشريعة لاترد حقا ولاتكذب دليلا ولاتبطل أمارة صحيحة وقد أمر الله سبحانه بالتثبت والتبين فى خبر الفاسق ولم يأمر برده جملة» (ص ٢٤) .

(وانظر أيضا من نفس الكتاب ص ٦١ . والسنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، ص ٣٥) .

٣ ـ والمقصود بالبينات هنا طرق الاثبات سواء كانت الشهادة أو غيرها كما ورد فى المذكرة الايضاحية الخاصة بالمادة ٣ من هذا القانون (وأنظر ابن القيم ، الطرق الحكمية ص ١٢ و ٢٤) .

٤ ـ وقد روعى أيضا مع اطلاق حرية القاضى فى تقدير الأدلة تحديد هذه الحرية وذلك بالقيود التى نص عليها فى هذا القانون فمثال ذلك أنه لايجوز اثبات عكس الثابت بالكتابة الا بالكتابة وذلك تطبيقا للمذهب المختلط الذى أخذ به القانون فى الاثبات جمعا بين الاطلاق والتقييد كما سلف البيان فى المذكرة الايضاحية العامة للقانون .

(مـادة ٦)

لايحكم القاضى بعلمه الشخصى .

(م ٢ بينات سورى و٢ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

١ ـ تضمنت هذه المادة قاعدة عدم جواز الحكم بالاستناد الى علم القاضى الشخصى بمعنى أن لايحكم القاضى فى النزاع بالاستناد الى الوقائع التى اطلع عليها بصورة شخصية كما لو حضر مجلس العقد مثلا . وأما مايطلع عليه من الوقائع بحكم ولايته بعد عرض النزاع على المحكمة وما يستنبطه منها من وجوه الحكم فليس من هذا القبيل لأن علمه بها لم يكن شخصيا وانما حصل بصورة رسمية بعد عرض الدعوى على المحكمة . (أنظر المذكرة الايضاحية للمادة الثانية من قانون البينات السورى) .

٢ ـ وقد اختلف فى هذه المسألة بين الفقهاء المسلمين فعلى قول المتقدمين يجوز للقاضى فى غير الحدود الخالصة لله تعالى أن يقضى

ذلك بعلمه أخذا برواية الأصول • وعلى قول المتأخرين لايجوز له القضاء بعلمه فى شىء من ذلك أخذا برواية أبن سماعة عن محمد (أنظر حاشية الحموى) وقال فى الأشباه ان الفتوى على قول محمد المرجوع اليه فى أنه لا اعتبار لعلم القاضى • قال فى جامع الفصولين : وعليه الفتوى وعليه مشايخنا رحمهم الله •

استدل المتقدمون بأن القضاء بالبينة جائز بالاجماع فيجوز القضاء بعلم القاضى بطريق الأولى لأن المقصود بالبينة ليس عينها بل حصول العلم للقاضى بالحادثة وعلمه الحاصل بالمعاينة أقوى من علمه الحاصل بالشهادة لأن الحاصل بالشهادة غالب الرأى وأكبر الظن والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى الا أنه لا يقضى به فى الحدود الخالصة لأن الحدود يحتاط فى درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ولأن كل واحد من المسلمين يساوى القاضى فى هذا العلم لو اطلع على ما يوجب حدا خالصا ولكن غير القاضى اذا علم لا يمكنه اقامة الحد فكذا هو •

وفى رواية عن الشافعى أنه يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه فى كل شىء حتى فى الحدود الخالصة لله تعالى لأنه يجوز له أن يقضى بالبينة فى ذلك فلا فرق بين علم يتعلق بالحدود وعلم يتعلق بغيرها •

وقد عدل المتأخرون عن قول المتقدمين وأجمعوا على الفتوى بخلافه لعلة واحدة هى فساد الزمان •

(انظر المبسوط والبدائع ونيل الأوطار • وأحمد ابراهيم • طرق القضاء ، ص ٣٣ وما بعدها • والسنهورى ، ج٢ ص ٣٢ - ٣٤) •

٣ - ولم يرَ فى القانون حاجة لا يراد ما نص عليه فى قانون الاثبات السودانى لسنة ١٩٧٢ فى الفقرة الثانية من المادة السابعة منه وهو « مع ذلك للقاضى أن يأخذ بما حصله من علمه بالشئون العامة المفروض الالمام الكافة بها » - فان مبدأ عدم جواز حكم القاضى بعلمه لا يمنع من أن يستعين القاضى فى قضائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصا به مقصورا عليه وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة (السنهورى ، الوسيط ، ج٢ ، الهامش ٣ ص ٣٣) •

وهذا الحكم وان لم يكن قد نص عليه صراحة فى القانون المصرى الا أنه مسلم به •

(مادة ٧)

اذا ندبت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة اجراء من اجراءات الاثبات وجب عليها أن تحدد أجلا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الاجراء •

ويعين رئيس الدائرة عند الاقتضاء من يخلف القاضى المنتدب •

(م ٣ اثبات مصرى) •

المذكرة الايضاحية :

رؤى النص على أنه اذا ندبت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة اجراء من اجراءات الاثبات وجب عليها أن تحدد أجلا لمباشرة هذا الاجراء لا يجاوز ثلاثة أسابيع كما يعين رئيس الدائرة اذا لزم الأمر من يخلف القاضى عند الانتداب والأجل المذكور هنا اجراء تنظيمى قصد به التعجيل بالفصل فى الدعوى •

وندب أحد قضاة المحكمة أو ندب قاض من محكمة أخرى لاستيفاء اجراء من اجراءات الدعوى أو الاثبات كسماع شهادة الشهود أو المعاينة أو تحليف اليمين أمر يقره الفقه الاسلامى وقد تحدث فيه الفقهاء على اختلاف مذاهبهم فى كتاب القضاء وعلى الأخص بعنوان كتاب القاضى الى القاضى ، على أن بعض الفقهاء قد أجاز هذا اذا كان مرخصا له من ولى الأمر فى الانابة القضائية والكثير منهم على أن هذا من ضمن أعمال ولاية القاضى فلا حاجة لاذن خاص بهذه الانابة •

(تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ فى الأبواب ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ • والبحر الرائق لابن نجيم ج ٧ ص ٢ وما بعدها) •

(مادة ٨)

اذا كان المكان الواجب اجراء الاثبات فيه بعيدا عن مقر المحكمة جاز لها أن تندب لاجرائه قاضى محكمة المواد الجزئية الذى يقع هذا المكان فى دائرتها ، وذلك مع مراعاة الميعاد المنصوص عليه فى المادة السابقة •

(م ٤ اثبات مصرى وانظر م ٩ اثبات سودانى)

المذكرة الايضاحية :

الأصل أن يجرى التحقيق بمركز المحكمة المنظور أمامها الدعوى وبوساطتها أو بوساطة أحد قضاتها • ولكن هناك حالات تقضى ظروفها أن يباشر التحقيق خارج مركز المحكمة أو يباشره قاض آخر من غير هيئة المحكمة التى أمرت بالتحقيق ، هو قاضى محكمة المواد الجزئية الذى يقع المكان الواجب الاثبات فيه فى دائرتها ، فيباشر التحقيق خارج مركز المحكمة • مثال ذلك حالة ما اذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور فيجوز أن ينتقل اليه القاضى المنتدب لسماع أقواله •

وندب أحد قضاة المحكمة أو ندب قاض من محكمة أخرى لاستيفاء اجراء من اجراءات الدعوى أو الاثبات كسماع شهادة الشهود أو المعاينة او تحليف اليمين أمر يقره الفقه الاسلامى على ما ورد فى المذكرة الايضاحية للمادة السابقة (م٧) •

(مـادة ٩)

الأحكام الصادرة باجراءات الاثبات لا يلزم تسبيبها ما لم تتضمن قضاء قطعيـا ٠

ويجب اعلان منطوق هذه الأحكام الى من لم يحضر جلسة النطق بها وكذلك يجب اعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ اجراء الاثبات والا كان العمل باطلا ٠

ويكون الاعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين ٠

(م ٥ اثبات مصرى وأنظر م ١٠ اثبات سودانى)

المذكرة الايضـاحية :

١ ـ هذه المـادة تقضى باعفاء الأحكام الصـادرة باجراءات الاثبات من التسبيب اكتفاء بمنطوق الحكم اذ الأمر فى هذه الأحكام موكول لمطلق تقدير القاضى وهو يملك العدول عما أمر به من اجراء الاثبات كما يملك بعد مباشرة اجراء الاثبات الا يأخذ بنتيجته ثم أن هـذه الأحكام لا تقبل بذاتها الطعن مستقلة عن الحكم المنهى للخصـومة مما تنتفى معه الحاجة الى تسبيب هذه الأحكام ٠ وقد قصد بهـذه المـادة توفير جهد القضاة ووقتهم لصرفه فيما عليهم من أعباء جسام وكذا الاسراع فى الفصل فى القضايا بمباشرة اجراء الاثبات دون حاجة لحجز الدعوى للحكم لتحرير الأسباب ٠

ولكن اذا انطوى الحكم على قضاء قطعى فى المنطوق أو فى الأسباب فانه يجب تسبيب هذا القضاء القطعى ٠

٢ ـ وقد أوجبت المـادة اعلان منطوق الأحكام الصادرة باجـراءات الاثبات الى من لم يحضر جلسة النطق بها وكذلك يجب اعـلان الأمر الصـادر بتعيين تاريخ اجراء الاثبات وقـد قصـد بذاك المزيد من التحويط لخطورة النتائج التى تترتب على هذا الاجراء غير أن هـذا البطلان ليس من النظام العام فيزول بحضور الخصوم بالجلسات المحددة لاجـراء الاثبات أو التاليـة لصـدور الحكم أو بالنزول عنه صراحة أو ضمنـا ٠

(مـادة ١٠)

كلما استلزم اتمام الاجراء أكثر من جلسـة ، أو أكثر من يوم ، ذكر فى المحضر اليوم والساعة اللذان يحصـل التأجيل اليهمـا دون حاجة لاخبار من يكون غائبا بهذا التأجيل ٠

(م ٦ اثبات مصرى)

المذكرة الايضـاحية :

قصد بهذه المـادة الزام الخصم بأن يتتبع بنفسه اجراءات التحقيق أمام المحكمة أو القاضى المنتدب أو الخبراء ما دام قد أعلن أو كان عالما بالميعاد الذى يبدأ فيه التحقيق حتى ولو لم يكن حاضرا فيه ٠

(مـادة ١١)

تقدم المسائل العارضة المتعلقة باجراءات الاثبات للقاضى المنتدب وما لم يقدم له منها لا يجوز عرضه على المحكمة ٠

وما يصدره القاضى المنتدب من القرارات فى هذه المسـائل يكون واجب النفاذ وللخصوم الحق فى اعادة عرضها على المحكمة عنـد نظر القضية ما لم ينص القانون على غير ذلك ٠

(م ٧ اثبات مصرى)

المذكرة الايضـاحية :

١ ـ المقصود بالمسائل العارضة الخاصة بالاثبات تلك التى تتعلق بموضـوع الدليل أو كونه مقبـولا أو غير مقبول أو تلك التى تتعلق باجراءات تقديم الدليل وتحقيقه وما يجب أن يراعى فيها من أوضاع ومواعيد ٠ والمقصود من ذلك هو ألا تكون اثارة هذه المسائل وسيلة لتعطيل التحقيق ، لذلك يوجب القانون عرضـها كلهـا على القاضى المنتدب حتى ما كان منها من اختصاص المحكمة الكاملة ، وذلك للحكم فيها ٠ وظاهر من نص المـادة أنه يتعين التمسك بالطلبات العارضـة الخاصة بالاثبات أمام القاضى المنتـدب والا سـقط الحق فى عرضـها على المحكمة ٠

٢ ـ والمقصود بالفقرة الثانية تمكين القاضى المحقق من اصـدار قرار مؤقت واجب النفاذ يمكنه من السير فى التحقيق أن رأى عـدم جدية المنـازعة العارضـة ومع ذلك يبقى ـ مراعاة لمصلحة الخصـوم ومقتضيات العدالة ـ لذى الشأن حق اعادة عرض هذه المنـازعة على المحكمة الكاملة بعـد انتهاء القاضى من التحقيق وعنـد احالة القضية عليهـا ٠

(مـادة ١٢)

على القاضى المنتدب اذا أحال القضية على المحكمة لأى سبب أن يعين لها أقرب جلسة مع اعلان الغائب من الخصوم بتاريخ الجلسة بوساطة قلم الكتاب .

(م ٨ اثبات مصرى)

المذكرة الايضاحية :

المقصود بالغائب فى هذا المادة من لم يحضر النطق بقرار الاحالة لأن من حضره قد سمع القرار وعلم به . ولم ينص فى هذه المادة على البطلان فى حالة مخالفة حكم هذه المادة وعلى ذلك فيرجع فى هذا الى القواعد العامة فى البطلان الواردة فى قانون المرافعات .

(مـادة ١٣)

للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من اجراءات الاثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ويجوز لها الا تأخذ بنتيجة الاجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها .

(م ٩ اثبات مصرى وانظر المادة ٨ - ٢و٣ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

يقصد بهذه المادة عدم الزام القاضى بتنفيذ اجراء لم يعد يرى ضرورة له وبخاصة وهو غير مقيد فى حكمه فى الموضوع بما يسفر عنه تنفيذ هذا الاجراء اذ من العبث وضياع الوقت والجهد الاصرار على تنفيذ اجراء تبين للمحكمة أنه غير منتج وليس من اللازم للعدول عن الحكم الصادر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات اصدار حكم مستقل انما يكفى النطق به واثبات أسبابه فى المحضر أما فى حالة عدم أخذ المحكمة بما أسفر عنه تنفيذ ما أمرت به من اجراءات الاثبات فيجب أن يتضمن الحكم الصادر فى الموضوع أسباب العدول .

(مـادة ١٤)

طرق القضاء هى الاقرار والاستجواب والشهادة والكتابة واليمين والقرائن والمعاينة والخبرة .

المذكرة الايضاحية :

اختلف الفقهاء فى بيان أدلة ثبوت الدعوى (أى الحجج الشرعية أو طرق القضاء) وقد حصرها البعض فى سبعة هى : البينة والاقرار واليمين والنكول والقسامة وعلم القاضى والقرينة القاطعة (الدر ورد المحتار) وقال فى التكملة : والحاصل أن القضاء فى الاقرار مجاز (لأن الحق يثبت به بدون حكم وانما يأمره القاضى بدفع ما لزمه باقراره وليس لزوم الحق بالقضاء ، فجعل الاقرار من طرق القضاء انما هو بحسب الظاهر والا فالحق يثبت به لا بالقضاء) والقسامة داخلة فى اليمين وعلم القاضى مرجوح والقرينة مما انفرد به ابن الغرس فرجعت الحجج التى هى أسباب الحكم الى ثلاث أى البينة واليمين والنكول .

(انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٧ - ١١ و٢١٦ ومابعدها)

وذكر ابن القيم فى الطرق الحكمية خمسة وعشرين طريقا ترجع عند النظر ، الى :

القرائن والعلامات الظاهرة - الشهادة - اليمين - النكول - اليد (أى الحيازة) - الانكار - الاقرار - الخط - القرعة - القافة (أى الخبرة فى أمور النسب) .

وذكر ابن فرحون فى التبصرة : الشهادة والخط والاقرار والقرائن والقرعة والقافة .

وفى مجلة الأحكام العدلية نجد أن طرق القضاء هى : الاقرار والشهادة واليمين والنكول والخط والقرينة القاطعة .

وقد ذكرت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فى المادة ١٢٣ أربعة أدلة هى : الاقرار والشهادة والنكول عن الحلف والقرينة القاطعة ولكنها تكلمت فى الباب الثالث الخاص بالأدلة على الأدلة الخطية (فى الفصل الثانى بعد الاقرار) ثم على اليمين والنكول (فى الفصل السادس) وعلى المعاينة (فى الفصل السابع) وعلى الخبرة (فى الفصل الثامن) كما تكلمت على استجواب الخصوم (فى الفصل السابع من الباب الثانى م ١١٥ وما بعدها) وبذا زادت الأدلة فيها على الأربعة المذكورة فى المادة ١٢٣ وذلك على خلاف ما ذهب اليه المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم اذ قال فى طرق القضاء (ص ٩ - ١٠) : « أقول : ان الناظر فيما جاء فى اللائحة فى حجية الأوراق الرسمية والعرفية وفى استجواب الخصوم ومعاينة المحكمة وأهل الخبرة يراه لا يخرج عن هذه الحجج الثلاث اذ كله يرجع الى الاقرار وأن الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان وهو الذى يجب التعويل عليه كما سيأتى » ولكن بالرجوع الى المادة ١٣٤من تلك اللائحة نجد أنها نصت على أن الأوراق الرسمية أكانت سندات أم محررات تكون حجة على أى شخص كان فيما تدون بها مما لايدخلها دائما فى الاقرار وكذلك استجواب الخصوم ومعاينة المحكمة وأهل الخبرة لاتدخل دائما فى الاقرار .

وبالرجوع الى القوانين العربية الخاصة بالاثبات نجد أنها : الأدلة الكتابية والشهادة والقرائن والاستجواب والاقرار واليمين والمعاينة والخبرة ٠

(م١ من قانون البينات السورى و١١ من قانون الاثبات السودانى ٠ وقانون الاثبات المصرى ٠ وانظر السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ص ٨٩ وما بعدها) ٠

واذا ألقينا نظرة فاحصة وجدنا أن طرق اثبات الدعوى ترجع الى : الاقرار والشهادة والكتابة واليمين والنكول والقرينة والمعاينة والخبرة أما القسامة ، وهى خاصة بالقضاء بالدية ، فهى يمين ٠ وأما علم القاضى فالفتوى على أنه ليس طريقا للقضاء لفساد الزمان وهو ما أخذ به هنا القانون فى المادة ٦منه ٠ وأماالقافة فهى خاصة بالنسب وهو منالأحوال الشخصية وخارج عن نطاق هذا القانون ٠

وقد جرت بعض التقنينات على عدم النص على طرق القضاء باعتبار ان ذلك من عمل الفقة ولكن تقنينات أخرى جرت على النص عليها كلائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقانون البينات السورى وقانون الاثبات السورى وقد روعى اتباع نهج التقنينات الأخيرة فى هذا القانون زيادة فى البيان ٠

وقد سار القانون على معالجة طرق القضاء بالترتيب الآتى :

١ ـ الاقرار ٠

٢ ـ استجواب الخصوم ٠

٣ ـ الشهادة ٠

٤ ـ الكتابة ٠

٥ ـ اليمين ٠

٦ ـ القرائن ٠

٧ ـ المعاينة ٠

٨ ـ الخبرة ٠

وقد روعى فى هذا الترتيب نظرة الفقه الاسلامى من تقديم الاقرار بوصفه أقوى الأدلة يليه الاستجواب بوصفه وسيلة للاقرار ثم الشهادة ويليها الكتابة لأنها فى الغالب اما ان تكون اقرارا أو شهادة ثم اليمين وبقية الأدلة ٠

وقد خصص باب لكل طريق من هذه الطرق ٠

الباب الأول

الاقرار

حجية الاقرار :

الاقرار طريق من طرق القضاء ٠

والأصل فى حجيته الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والمعقول ٠

أما الكتاب فقوله تعالى : « واذ أخذ الله ميثاق النبيين لما آتيتكم من كتاب وحكمة ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ولتنصرنه قال ءأقررتم وأخذتم على ذلكم اصرى قالوا أقررنا فاشهدوا وأنامعكم من الشاهدين » (آل عمران : ٨١) ٠ وقوله تعالى « قالوا ربنا أمتنا اثنتين وأحييتنا اثنتين فاعترفنا بذنوبنا فهل الى خروج من سبيل » (غافر : ١١) ٠ وقوله تعالى : « وآخرون اعترفوا بذنوبهم خلطوا عملا صالحا وآخر سيئا عسى الله أن يتوب عليهم ان الله غفور رحيم » (التوبة : ١٠٢) ٠ وقوله تعالى : « فاعترفوا بذنبهم فسحقا لأصحاب السعير » (الملك : ١١) ٠ وقوله تعالى : « وليملل الذى عليه الحق » (البقرة : ٢٨٢) ، وغير ذلك من الآيات الكريمة ٠

وأما السنة فما روى أن ماعزا أقر بالزنا فرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الغامدية وقال : « واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ٠

وأما الاجماع فان الأمة أجمعت على صحة الاقرار ٠

وأما المعقول فلأن الاقرار اخبار على وجه ينفى عنه التهمة والريبةفان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ٠

(انظر : ابن قدامة ، المغنى ج ٥ ص ١٤٩ ، وابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٩٤ وما بعدها ، وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٢١ ـ ١٢٤) ٠

ويلاحظ أن قانون الاثبات المصرى اقتصر فى بيان أحكام الاقرار على مادتين وقد رؤى فى هذا القانون ايراد أحكامه كاملة وفقا للفقه الاسلامى مما أستوجب علاجه فى احدى عشرة مادة ٠

(مادة ١٥)

الاقرار هو اخبار الانسان عن ثبوت حق عليه لآخر ٠

(المادة ١٥٧٢ من المجلة و ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية

و ٤٠٨ من القانون المدني المصرى و ١٠٣ من قانون الاثبات المصرى و ٩٣ ـ ٩٥ بينات سورى و ٧١ اثبات سوداني و ٤٦١ مدني عراقى) .

المذكرة الايضاحية :

١ ـ هذه المادة تتناول تعريف الاقرار كما هو فى الفقه الاسلامى . فلم يفرق فيها بين الاقرار فى مجلس القضاء والاقرار فى غيره بخلاف القانون المدنى المصرى والعراقى وقانون الاثبات فى الموادالمدنية والتجارية المصرى الذى اعتبر الاقرار القضائى فقط اذ عرف الاقرار بانه « اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة » (م ٤٠٨ مدنى مصرى و ١٠٣ اثبات مصرى) ـ ذلك ان الاقرار هو « اخبار الانسان عن حق عليه لآخر » فالاقرار لا يختلف فى طبيعته اذا كان أمام القضاء عنه اذا كان خارج مجلس القضاء والفرق بينهما انما هو فى الثبوت وعدمه وهذه هى نظرة الفقه الاسلامى الى الاقرار على الوجه المفصل فى مادة اخرى تالية (أنظر المواد من ١٦٠٦ الى ١٦١١ من المجلة ، وأحمدابراهيم ، طرق القضاء ص ٢٢٢) .

٢ ـ ويلحظ أن الاقرار اعلان عن ارادة فيشترط فيه مايشترط فى كل اعلان عن ارادة . ولكن هذه الارادة ارادة مخبرة وليست منشئة . وأن محل الاقرار حق ، وأن هذا الحق على المقر للغير لانه لو كان على غيره لغيره كان شهادة ولو كان لنفسه يكون دعوى (الكنز ، والزيلعى عليه ، ٥ : ٢ . وانظر فى الخلاف فى كونه اخبارا أو انشاء ، احمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١١٦ ـ ١٢١) .

٣ ـ وحكمه اللزوم وهو نتيجة لاعتبار الاقرار تصرفا ينعقد بارادة واحدة لاضرورة للقبول فى ترتيب حكمها ومؤدى هذا أنه لايجوز العدول عن الاقرار الا بسبب خطأ فى الواقع لأن الاقرار يخضع للاحكام العامة فى عيوب الرضا باعتباره تعبيرا عن ارادة المقر (أنظر فيما بعد م ٢٥) .

وهو أبلغ من الشهادة اذ قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره (انظر فرحون ، التبصرة ، ٢ : ٣٩) .

٤ ـ وقد أتى بالاقرار فى أول مراتب الأدلة اتباعا للفقه الاسلامى . وقد اتبع هذا المسلك التقنين المراكشى والبرتغالى بخلاف التقنين المصرى الحالى الذى قدم الكتابة على الاقرارات والظاهر أن وجه النظر فى ذلك أن الدليل الكتابى هو الغالب صورة من صور الاقرار (انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٩) .

(مادة ١٦)

يكون الاقرار صراحة أو دلالة ، باللفظ أو الكتابة ، وكذا بالاشارة المعهودة من الأخرس الذى لايعرف الكتابة .

(م ١٥٨٢ و ١٥٨٣ و ١٥٨٦ ـ ١ و ١٦٠٦ من المجلة و ١٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الايضاحية :

١ ـ تتناول هذه المادة صيغة الاقرار . فتقرر أنه قد يكون باللفظ أو الكتابة . واذا كان المقر أخرس فان كان لا يعرف الكتابة صح اقراره باشارته المعهودة لتعينها طريقا لافهام مراده . أما ان كان يعرف الكتابة فهل يصح تصرفه باشارته ؟

عند الحنفية روايتان احداهما : تصح تصرفاته كلها باشارته مع قدرته على الكتابة . والأخرى لا تصح تصرفاته بالاشارة الا اذا كان عاجزا عن الكتابة . وقد اختار الرواية الثانية جمع من المحققين وذلك لان الكتابة أدل على المراد من الاشارة وأبعد عن الاحتمال فوجب المصير اليها عند المقدرة عليها . وبهذه الرواية أخذت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى المادة ١٢٨ فقد نص فيها على أن « اقرار الأخرس يكون باشارته المعهودة ولا يعتبر اقراره بالاشارة اذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة » ، وهذا أحوط وأبعد عن الشك والارتياب .

٢ ـ وكما يكون الاقرار صراحة بالقول يكون أيضا بطريق الدلالة ، فلو طلب شخص الصلح عن مال كان طلبه هذا اقرارا بذلك المال . فاذا قال رجل لآخر : لى عليك ألف فاعطنى اياه فقال المطلوب صالحنى على المبلغ المذكور بسبعمائة مثلا فان هذا يكون اقرارا منه بالألف المطلوب : وكذا اذا استام شيئا أو استعاره أو إستأجره كان هذا اقرارا منه دلالة بعدم ملكيته له لأن الانسان لا يستام ولا يستعير ولا يستأجر ملك نفسه (احمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٣٠ ـ ١٣٢) .

(مادة ١٧)

يشترط فى المقر أن يكون عاقلا بالغا مختارا غير محجور عليه . ولا يشترط ذلك فى المقر له .

(م ١٥٧٣ و ١٥٧٥ من المجلة و ١٢٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٩٦ بينات سورى و ٤٦٢ و ٤٦٣ ـ ٢ مدنى عراقى) .

المذكرة الايضاحية :

الاقرار تصرف اخبارى يثبت به على المقر حق لم يكن من قبل ثابتا، ولما كان اعطاء دليل الحق غير الثابت يعدل من الناحية العملية انشاء هذا الحق ، فانه يشترط فيه ما يشترط فى التصرف فى الحق المقربه من أهلية فى المتصرف واختيار · فيطبق هنا ما يطبق من أحكام فى التصرف الانشائى بالنسبة الى القاصر والوصى والمريض مرض الموت وغيرهم ·

(أنظر ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ٢ : ٤١ · وابن قدامة ، المغنى ، ٥ : ١٤٩ ـ ١٥١) ·

وعلى ذلك فلا يصح اقرار الصغير والمجنون والمعتوه ولو اجازه الوالى لفقدان أهلية الالتزام بعباراتهم ولا يصح على هؤلاء اقرار أوليائهم وأوصيائهم لأنه اقرار على الغير وهو باطل ، غير أن الصبى المأذون بالتجارة يكون اقراره صحيحا فيما يتعلق بالتجارة كاقراره بالبيع وقبض الثمن · ويشترط فى المقر أيضا الا يكون محجورا عليه بما يمنع من نفاذ التصرفات التى أقر بها فان أقر السفيه أو المدين المحجور عليهما بمال لشخص فان الاقرار يتوقف حتى يفك الحجر وذلك لقيام أهلية المقر المصححة لعبارته وقت الاقرار غير أنه وجد مانع الحجر فاذا زال المانع ظهر أثر الاقرار · ويشترط أيضا رضا المقر فان أقر وهو مكره فاقراره باطل وكذلك اذا كان هازلا فى اقراره وكذلك السكران على تفصيل (أنظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٣٧ ـ ١٤٠) ولا يشترط ذلك فى المقر له (أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٤٢) ·

(مادة ١٨)

لا يتوقف الاقرار على قبول المقر له ، ولكن يرتد برده ·

(م ١٥٨٠ من المجلة و ٩٨ بينات سورى و ٤٦٦ مدنى عراقى) ·

المذكرة الايضاحية :

١ ـ أخذ المشروع بما نص عليه فى المجلة وقانون البينات السورى والقانون المدنى العراقى من أن حق المقر له بما تضمنه الاقرار يثبت بوقوع الاقرار فلا يتوقف على قبوله ولكن للمقر له أن يرده كلا أو بعضا فيزول حكم الاقرار فى المردود · ولكن لو قبل المقر له الاقرار ثم رده لا يرتد لأن المقر به صار ملكا خالصا للمقر له ونفى الانسان ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح · نعم لو تصادقا على عدم الحق صح ولو قبله بعد الرد لا يصح لأن حكم الاقرار يبطل بالرد ولكن هذا فى الاقرار الذى يرتد بالرد لا فى الاقرار الذى لا يرتد بالرد كالنسب والنكاح (أنظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٢٧ ـ ١٣٠) ·

٢ ـ والاقرار يصح لكل من الحاضر والغائب بلا قبول لكنه لازم فى حق المقر بالنسبة للحاضر فلا يملك الاقرار به لغيره قبل أن يرده وغير لازم فى حقه بالنسبة للغائب فيجوز له أن يقر به لغيره · وأما المقر له فالاقرار غير لازم فى حقه سواء أكان حاضرا أم غائبا فله أن يرده فى الحالتين على ما تقدم (أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ـ ص ١٢٩ ـ ١٣٠) ·

(مادة ١٩)

يصح الاقرار وأن اختلف المقر والمقر له فى سبب المقر به ·

(م ١٥٨١ من المجلة و ١٢٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٤٦٧ مدنى عراقى) ·

المذكرة الايضاحية :

تقضى هذه المادة بصحة الاقرار ولو اختلف سبب المقر به بين المقر والمقر له كأن يقر شخص لآخر بأن عليه ألف جنيه ثمن مبيع فيقبل المقر له على أنه هبة فيصح الاقرار بالمقر به رغم اختلاف الطرفين فى السبب ·

(ابن قدامة ، المغنى ٥ : ١٦٣ ، وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ص ١٣٠) ·

(مادة ٢٠)

١ ـ الاقرار المعلق بالشرط باطل ·

٢ ـ ولكن اذا علق بزمان صالح لحلول الاجل فى عرف الناس يحمل على اقراره بالدين المؤجل ·

(م ١٥٨٤ من المجلة) ·

المذكرة الايضاحية :

تقدم أن الاقرار اخبار بحق ثبت فى الماضى · ويترتب على ذلك أنه لا يجوز تعليقه بالشرط أو اضافته الى أجل لأن التعليق والاضافة انما يكونان بالنسبة الى المستقبل والاقرار اخبار عما سبق (أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ص ١٢٥) ·

فلو قال أحد لآخر اذا وصلت المكان الفلانى أو قضيت مصلحتى الفلانية فانى مدين لك بكذا يكون اقراره هذا باطلا ولا يلزمه المبلغ المذكور لأنه معلق بشرط والشرط أمرمستقبل فى حين أن الاقراراخبار عن ماض ولكن اذا قال ان أتى أول الشهر الفلانى فانى مدين لك بكذا يحمل على الاقرار بالدين المؤجل ويلزمه أداء المبلغ عند حلول ذلك الوقت لأن الاقرار علق بزمان صالح لحلول الأجل فى عرف الناس فلا يتعارض مع الاقرار بدين فى الماضى (أنظر شرح م ١٥٨٤ من المجلة) ·

(مادة ٢١)

يشترط فى الاقرار الا يكذبه ظاهر الحال .

(م ١٥٧٧ من المجلة ، ٩٧ بينات سورى و ٤٦٥ مدنى عراقى) .

المذكرة الايضاحية :

لصحة الاقرار يشترط ألا يكذبة ظاهر الحال ، ويعود للمحكمة تقدير مطابقة الاقرار لظاهر الحال على مايبدو لها من وقائع الدعوى ، ومن أمثلة ذلك أن يقر أن فلانا أقرضه مبلغ كذا فى شهر كذا وكان المقر له قد مات قبل ذلك التاريخ فلا شىء يلزمه .

(أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٤٠) .

(مادة ٢٢)

١ - اذا صدر الاقرار أمام القاضى بمجلس القضاء فهو بذاته حجة على المقر .

٢ - أما اذا ادعى صدوره فى غير مجلس القضاء فتطبق عليه القواعد العامة فى الاثبات .

(أنظر المادة ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمواد ٩٣ و٩٤ و ٩٥ و ٩٩ و ١٠٢ سورى) .

المذكرة الايضاحية :

١ - الاقرار فى الفقة الاسلامى هو « اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه » . (الكنز والزيلعى عليه، ٥:٢ وم١٥٧٢من المجلة) وليس فيما بين أيدينا منكتب الفقة الاسلامى التفرقة بين الاقرارالقضائى وغيرالقضائى على النحو الموجود فى كتب القانون والذى يظهر منها انحصار التفرقة بينهما فى الثبوت فالاقرار أمام القضاء ثابت بمجرده أما الاقرار فى غير مجلس القضاء فيحتاج الى اثباته ومن وسائل الاثبات الشهادة .

(أنظر م ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والفتاوي الهندية، ٤ : ١٦٧ وابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٩٤ - ١٩٥) .

فاذا ثبت الاقرار الحاصل فى غير مجلس القضاء كان والاقرار فى مجلس القضاء ذا أثر واحد ذلك أن الفرق بين الاقرار القضائى وغير القضائى ليس الا الثقة فى جدية الاقرار القضائى فاذا ثبتت جدية وصحة الاقرار غير القضائى تعينت المساواة بينهما فى أحكامهما ميؤخذ به شأنه فى ذلك شأن الاقرار القضائى لاتحادهما فى أن كلا منهما « أخبار الانسان عن حق عليه لآخر » فالاقرار لا يستمد أثره منصدوره فى مجلس القضاء وانما من صدوره من المقر على الوجه الصحيح شرعا.

وهذا يوافق رأيا فى القانون (الصدة ، الاثبات ص ١٨٤ . وسليمان مرقس أصول الاثبات ، ص ١٠٩ ، وأنظر السنهورى ، الوسيط ، ٢ : ٤٧٦ وما بعدها . وأحمد نشأت ، الاثبات ، ١٢: ٤٩).

٢ - وقد نص فى الفقرة الأولى على أن الاقرار الصادر أمام القضاء حجة بذاته بمعنى أنه لا يحتاج الى دليل آخر لاثباته فهو فى ذاته حجة قاطعة صدورا عن الثقة فى جديته وصحته مادام صدر أمام القضاء . ولكن ذلك لايمنع من الطعن فيه بانه غير صحيح لانه تواطأ عليه مع خصمه أو انه وقع نتيجة تدليس أو اكراه أو انه صدر منه وهو ناقص الأهلية فاذا ثبت ذلك بالطرق الجائزة قانونا بطل الاقرار ولا يكون هذا رجوعا فى الاقرار بل هو الغاء لاقرار ظهر بطلانه .

٣ - وحتى يكون الاقرار قضائيا يشترط ان يصدر أمام القاضى فى مجلس القضاء (م ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقارن بالمادة ٤٠٨ مدنى مصرى و١٠٣ اثبات مصرى) .

أما اذا صدر فى غير مجلس القضاء فتسرى القواعد العامة فى الاثبات كشرط الكتابة فيما زاد على عشرين جنيها . فاذا ثبت صدور الاقرار فعلا واجتمعت له شروط الصحة كان هذا الاقرار حجة قاطعة ولو أنه غير قضائى شأنه من هذه الناحية شأن الاقرار القضائى تماما . قال فى التبصرة (٢ : ٤٠) : « لو كتب رسالة لرجل غائب : أن لك على كذا لزمه فان جحد وقامت البينة أنه كتبه أو أملاه لزمه » .

(انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٢٢ - ٢٢٥) .

وقد نص فى المادة ١٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه « لا تقبل دعوى الاقرار الصادر قبل قيام الخصومة أو بعدها الا اذا كان صدوره أمام قاض بمجلس القضاء أو كان مكتوبا وعليه امضاء المقر أو ختمه أو وجدت كتابة تدل على صحته » وقد وضعت هذه القيود تقليلا للدعاوى المزورة اذ كان الخصم اذا اعيته الحيلة فى اثبات الحق الذى يدعيه يدعى على خصمه أنه أقر به أمام شهود وشهود الزور كثيرون وشهادتهم على الاقرار بالحق أيسر من شهادتهم بنفس الحق فوضعت هذه القيود .

(أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٣٣ - ١٣٤ وص١٨٣-١٨٤)

ولكن يلاحظ أن اثبات الاقرار غير القضائى يخضع للأحكام العامة فى الاثبات ومنها أنه لا يجوز الاثبات فيما زاد على قدر معين (عشرين جنيها) الا بالكتابة كما سيأتى .

(مـادة ٢٣)

الاقرار حجة قاصرة على المقر

(م ٧٨ و ٧٩ و ١٥٨٧ من المجلة و ١٠٤ اثبات مصرى و ١٠٠ بينات سورى و٧٢ ـ ١ سودانى و٤٦٩ مدنى عراقى) .

المذكرة الايضاحية :

الاقرار حجة قاصرة على المقر بمعنى أنه لا يتعداه الى غيره من الدائنين والخلف الخاص والشريك والورثة فيما بينهم ولاضد المقر له الا ان الاقرار يتعدى الى الورثة باعتبارهم خلفا عاما ذلك لان الاقرار حجة بنفسه لا يحتاج فيه الى القضاء فينفذ عليه وحده بخلاف البينة فهى تصير حجة بالقضاء وللقاضى ولاية عامة فينفذ فى حق الكل (الزيلعى ٥ : ٣) .

ومن تطبيقات ذلك ما جاء فى المجلة :

ـ ١٦١١ : « اذا أعطى أحد سند دين حال كونه مرسوما ثم توفى يلزم ورثته بايفائه من التركة ان كانوا معترفين يكون السند للمتوفى . واما اذا كانوا منكرين ذلك فلا يعمل بذلك السند الا اذا كان خطه وختمه معروفين » .

ـ م ١٦١٢ : « اذا ظهر كيس مملوء بالنقود فى تركة أحد محرر عليه بخط الميت أن هذا الكيس مال فلان وهو عندى أمانة يأخذه **من التركة ولا يحتاج الى اثبات بوجه آخر » .**

(وانظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٥٢ ـ ١٥٥) .

(مـادة ٢٤)

الاقرار لا يتجزأ على صاحبه .

(م ١٢٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « ولا يتجزأ الاقرار الصادر من المدعى عليه بمجلس القضاء فلا يؤخذ منه الضاربه ويترك الصالح له بل يؤخذ جملة واحدة ويعتبر انكارا للدعوى . وذلك اذا لم يكن للمدعى دليل على دعواه ولا للمدعى عليه دليل على ما صدر منه » .

والمادة ١٠٤ ـ ٢ اثبات مصرى ونصها : « ولا يتجزأ الاقرار على **صاحبه الا اذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لايستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى » .**

والمادة ٤٧٠ مدنى عراقى وكذا م ١٠١ سورى و ٧٢ ـ ٢ سودانى) .
(وأنظر ابن قدامة ، المغنى ، ٥ : ١٦١) .

المذكرة الايضاحية :

وقد رؤى الأخذ بهذا الحكم (عدم تجزئة الاقرار على صاحبه) لأن المقر فى هذه الحالة يقع فى حرج : فاما أن يكذب فلا يقر بشىء واما ان يقر بالدين وبالوفاء به فيؤخذ باقراره فيما يتعلق بثبوت الدين ولا يؤخذ باقراره فيما يتعلق بقضائه الدين فيوقعه صدقه **فى الضرر . فمنعا للحرج رؤى الأخذ بالاقرار كله وعدم جواز تجزئته .**

(انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٣٦ ـ ١٣٧) .

وقد يعرض الاقرار فى صور مختلفة فقد يكون مجرد اعتراف بالواقعة المدعى بها . وقد يضاف اليه شق آخر يكمل الاعتراف الواقعة ، أو يشل دلالة هذا الاعتراف ، ويكون غير منفك عنه فى صدوره . وفى الحالة الأولى يكون الاقرار بسيطا ولا تعرض بشأنه اية صعوبة ، لأن اشكال عدم التجزئة ممتنع بطبعه . أما فى الحالة الثانية فيكون الاقرار مركبا ، ولا يهم فيما يتعلق بالاقرار المركب أن يكون الشق المضاف معاصرا أو غير معاصر نسبوا الى الواقعة المدعى بها . فقد يقر المدعى عليه بالدين ويدعى أنه معلق أو مضاف الى أجل ، ويسمى هذا الاقرار « موصوفا » فى اصطلاح الفقه لأن الشق المضاف معاصر للواقعة القانونية . وقد يقر المدعى عليه بوجود القرض ويدعى الوفاء . فيكون الشق المضاف غير معاصر للواقعة القانونية .

وتعرض مسالة عدم التجزئة بالنسبة للاقرار المركب أى مسالة معرفة ما اذا كان يجوز لمن وجه الاقرار اليه أن يأخذ منه ما يرى فيه **مصلحة له وأن يهمل الشق المضاف الا أن من المقرر أن الشق المضاف** يعتبر غير منفك عن جملة الاقرار ، موصوفا كان الاقرار أو غير موصوف أو لولاه لما صدر الاعتراف ثم ان الاقرار بأسره هو الذى يعتبر حجة لا جزء منه فحسب . ويترتب على ذلك أن الاقرار المركب لا يتجزأ موصوفا كان أو غير موصوف بل يتعين على من يتمسك به **بصفته هذه أن يعتد به بأسره .**

فقاعدة عدم تجزئة الاقرار قاعدة عامة لايرد على اطلاقها أى قيد أوحد وبذلك يكون هذا القانون قد سد منافذ الخلاف الذى قام بشأن جواز أو عدم جواز تجزئة الاقرار المركب وما ينشأ عن ذلك من خلاف فى التطبيق ، ونزل عند ارادة المقر التى تنصرف فى الغالب الى وحدة اقراره حيث لا يتجزأ .

(مـادة ٢٥)

لا يصح الرجوع عن الاقرار .

(م ٧٩ و ١٥٨٧ و ١٥٨٨ و ١٥٨٩ من المجلة و ١٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و م ٤٦٨ مدنى عراقى) .

المذكرة الايضاحية :

الاقرار تصرف شرعى اخبارى من جانب واحد يتعلق به حق الغير فمتى ثبت لم يعد فى امكان المقر العدول عنه الا لسبب من الأسباب التى تبطله ولو كان ذلك قبل أن يتمسك به المقر له . وللمقر له أن يتمسك بالاقرار أو أن يطرحه ويبطل الاقرار اذا طرحه المقر له وكان المقر به حقا خالصا للمقر له فاذا تعلق به حق الغير لم يبطل .

(انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ١٥٨ - ١٦٦ . والمغنى، ٥ : ١٦٤ وما بعدها . وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ٢ : ٤١ . والمادة ١٨ من هذا المشروع) .

الباب الثانى

استجواب الخصوم

(مادة ٢٦)

للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضرا من الخصوم ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر .

(م ١٠٥ اثبات مصرى و م ١١٥ و ١١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و م ١٠٣ بينات سورى و ٧٤ - ١ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

الاستجواب طريق من طرق تحقيق الدعوى يعمد احد الخصوم بواسطته الى سؤال خصمه عن بعض وقائع معينة ليصل من وراء الاجابة عليها والاقرار بها الى اثبات مزاعمه أو دفاعه أو تمكين المحكمة من تلمس الحقيقة الموصلة لهذا الاثبات .

والاستجواب جائز أمام المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها وفى أى حالة كانت عليها الدعوى ويجوز طلبه واجراؤه أمام المحكمين لأنهم لم يخرجوا عن كونهم قضاة عهد اليهم الخصوم بالفصل فى الموضوع.

ويجب أن يقدم طلب الاستجواب قبل اقفال باب المرافعة فى الدعوى والا يكون مقصودا به كسب الوقت وتأخير الفصل فى النزاع .

ويجوز الأمر بالاستجواب فى كل موضوع قائم بشأنه نزاع سواء كان اثباته بالبينة جائزا أم غير جائز لأن الغرض من الاستجواب الحصول على اقرار من الخصم بوقائع قانونية مدعى بها ومادام الاستدلال بالاقرار جائزا بالنسبة لجميع الوقائع فانه من المسلم به جواز استجواب الخصم عن الوقائع التى لا يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود .

غير أنه لا يجوز الأمر بالاستجواب فى الحالات الآتية :

١ - اذا كان الغرض منه نفى حجية حكم لأنه لا يجوز دفع تلك الحجية بأى دليل من أدلة الاثبات .

٢ - اذا كان الغرض منه نفى وقائع تناولتها ورقة رسمية اذا كان الموظف الذى أثبتها عمل فى حدود وظيفته باعتبار أنه رآها أو سمعها أو باشرها .

٣ - اذا كان الغرض منه التوصل لاثبات عقد لا يعتبره القانون موجودا الا اذا اتخذ شكلا خاصا كعقد الهبة أو الرهن العقارى .

ويشترط فى الوقائع التى يتناولها الاستجواب :

١ - أن تكون شخصية بالنسبة للخصم المطلوب استجوابه ويقصد بالوقائع الشخصية بالنسبة للأشخاص المعنوية الوقائع المتعلقة بالشخص الاعتبارى كهيئة أو مصلحة أو شركة لا بشخص ممثلها المستجوب .

٢ - أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فى الاثبات وللمحكمة حرية التقدير فيما اذا كانت الوقائع المطلوب استجواب الخصم عنها متعلقة بالدعوى ومنتجة فى الاثبات (العشماوى ، المرافعات ج ٢ ، ص ٦٠٩ وما بعدها) .

(مادة ٢٧)

للمحكمة كذلك أن تامر بحضور الخصم لاستجوابه سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التى حددها القرار .

(م ١٠٦ اثبات مصرى و م ١٢٠ - ١٢١ من لائحة ترتيب المحكمة الشرعية و ١٠٤ بينات سورى و ٧٤ - ٢ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

اذا لم يكن الخصم حاضرا بالجلسة كان للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الخصوم أن تامر بحضور الخصم لاستجوابه ولا يجوز للخصم أن ينيب عنه غيره فى الاستجواب بل يتعين عليه أن يحضر بنفسه فى الجلسة التى حددت لاستجوابه فاذا لم يمتثل لأمر المحكمة بالحضور فان القانون رتب جزاء على ذلك هو ما نص عليه فى المادة ٣٤ من هذا القانون .

(مادة ٢٨)

اذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها جاز استجواب من ينوب عنه وجاز للمحكمة مناقشته هو ان كان مميزا فى الأمور المأذون فيها .

ويجوز بالنسبة الى الأشخاص الاعتبارية توجيه الاستجواب الى من يمثلها قانونا .

ويشترط فى جميع الأحوال أن يكون المراد استجوابه أهلا للتصرف فى الحق المتنازع فيه .

(م ١٠٧ اثبات مصرى) .

المذكرة الايضاحية :

الاستجواب ما هو الا وسيلة للحصول على اقرار من الخصم والاقرار لا تكون له حجيته فى الاثبات باعتباره تصرفا قانونيا الا اذا كان صادرا ممن له أهلية التصرف فى هذا الحق قانونا وقد قضت محكمة النقض بأن الاقرار الصادر من الوكيل (المحامى) لا تكون له حجية على موكله الا اذا كان مفوضا فيما أقر به تفويضا خاصا فكذلك الاستجواب فالاستجواب المميز مشروط بأن يكون المسائل المأذون فيها ومادام انه يملك التصرف فى شأنها فانه يجوز استجوابه عنها وما ورد فى استجوابه بصددها يكون حجة عليه .

(مادة ٢٩)

اذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست فى حاجة الى استجواب رفضت طلب الاستجواب .

المذكرة الايضاحية :

١ ـ انه وان كان من حق الخصم أن يطلب استجواب خصمه الا أن محكمة الموضوع غير ملزمة باجابة هذا الطلب لأنه من الرخص المخولة لها فلها أن تلتفت عنه اذا وجدت فى الدعوى من العناصر ما يكفى لتكوين عقيدتها بغير حاجة لاتخاذ هذا الاجراء .

٢ ـ ويجوز للمحكمة أن تعدل عن حكم الاستجواب اذا رأت أنه لا جدوى من اتخاذ هذا الاجراء وان فى أوراق الدعوى وما قدم فيها من أدلة ما يكفى لتكون عقيدتها بغير حاجة اليه .

(مادة ٣٠)

يوجه الرئيس الأسئلة التى يراها الى الخصم ويوجه اليه كذلك ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها وتكون الاجابة فى الجلسة ذاتها الا اذا رأت المحكمة اعطاء ميعاد للاجابة .

(م ١٠٩ اثبات مصرى و ١١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ١٠٦ بينات سورى) .

المذكرة الايضاحية :

للمحكمة أو للقاضى المنتدب لاجراء الاستجواب أن يمنع الخصم من توجيه أسئلة الى خصمه تكون غير متعلقة بالدعوى أو غير منتجة فيها أو تتضمن ما يخالف النظام العام أو حسن الآداب أو تتضمن تجريحا للمستجوب .

(مادة ٣١)

تكون الاجابة فى مواجهة من طلب الاستجواب ولكن لا يتوقف الاستجواب على حضوره .

(م ١١٠ اثبات مصرى و ١١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، و ١٠٧ بينات سورى)

المذكرة الايضاحية :

اذا صدر حكم بالاستجواب ولم يكن أحد من الخصوم حاضرا وقت النطق به فانه يتعين على قلم الكتاب اعلانه به شأنه فى ذلك شأن أى اجراء من اجراءات الاثبات .

(مادة ٣٢)

تدون الأسئلة والأجوبة بالتفصيل والدقة بمحضر الجلسة ، وبعد تلاوتها يوقع عليها الرئيس والكاتب والمستجوب . واذا امتنع المستجوب عن الاجابة أو من التوقيع ذكر فى المحضر امتناعه وسببه .

(م ١١١ اثبات مصرى و ١١٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ١٠٩ بينات سورى) .

المذكرة الايضاحية :

هذه المادة تبين طريقة اثبات الأسئلة والأجوبة فى محاضر الجلسات وما يتبع عند امتناع المستجوب عن الاجابة .

(مادة ٣٣)

اذا كان للخصم عذر يمنعه عن الحضور للاستجواب جاز للمحكمة أن تندب أحد قضاتها لاستجوابه على نحو ما ذكر .

(م ١١٢ اثبات مصرى و ١٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ١١٠ بينات سورى و ٧٤ ـ ٤ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

اذا كان المراد استجوابه لايستطيع الحضور لمقر المحكمة لعذر يمنعه من ذلك وكان يقيم خارج دائرة المحكمة فانه يجوز للمحكمة أن تندب

قاضى المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها المكان الموجود فيه المطلوب استجوابه لاجراء الاستجواب وذلك وفقا للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٨ من هذا المشروع وفى هذه الحالة تحدد المحكمة التى أمرت بالاستجواب لقاضى المحكمة الجزئية المسائل التى يتعين استجواب الخصم فيها .

(مادة ٣٤)

اذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع من الاجابة بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تقبل الاثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك .

(م ١١٣ اثبات مصرى . و ١٢٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « اذا امتنع المسئول عن الاجابة أو تخلف عن الحضور لاستجوابه فللمحكمة النظر فى ذلك من حيث كونه يورث شبهة أم لا وعليها أن تقرر ما تراه بعد ذلك » .

وم ١١١ بينات سورى وفيها زيادة هى : « ... بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تتخذ من هذا النكول أو التخلف مسوغا لاعتبار الوقائع التى تقرر استجوابه عنها ثابتة أو أن تقبل الاثبات بشهادة ... الخ » .

وم ٧٤ — ٣ اثبات سودانى ونصها : اذا رفض الخصم الاجابة على الأسئلة الموجهة اليه بغير مبرر قانونى أو لم يحضر لاستجوابه بغير عذر مقبول جاز للمحكمة أن تستخلص من ذلك قرينة تساعدها على الفصل فى الدعوى » .

المذكرة الايضاحية :

لا يخلو الحال من أن يتخذ الخصم ازاء طلب الاستجواب أحد المواقف الآتية :

أولا : أن يتخلف عن الحضور بعذر وفى هذه الحالة تؤجل الدعوى أو تنتقل المحكمة لاستجواب الخصم اما اذا كان تخلفه بغير عذر مقبول جاز للمحكمة أن تقبل لاثبات الواقعة الشهادة والقرائن فيما لم يكن جائزا اثباته بهما .

ثانيا : أن يحضر الخصم ويمتنع عن الاجابة فان كان امتناعه راجعا لمنازعته فى جواز الاستجواب وتعلق الوقائع بالدعوى فصلت المحكمة فى ذلك فان رفضت منازعته كان عليه أن يجيب على الأسئلة واذا امتنع لغير سبب أو مبرر عن الاجابة جاز للمحكمة أن تقبل الاثبات بشهادة الشهود والقرائن .

ثالثا : أن يحضر الخصم ويجيب بالانكار على الاستجواب وعندئذ لا يكون أمام الخصم الآخر الا أن يقيم الدليل على ما يدعيه وفقا لقواعد الاثبات العامة .

رابعا : أن يجيب الخصم على الاستجواب باقرار صريح ويعتبر اقراره فى هذه الحالة اقرارا قضائيا .

خامسا : أن يجيب الخصم اجابة غامضة أو ينكر بعض الوقائع ويقر بالبعض الآخر ففى حالة الغموض يكون للمحكمة السلطة فى استنتاج ما تراه مستفادا منه ولها أن تعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح الاحالة الى التحقيق أو تعتبره انكارا للوقائع موضوع الاستجواب وفى حالة انكار بعض الوقائع والاقرار بالبعض الآخر يعتبر ما حصل الاعتراف به ثابتا وما حصل انكاره غير ثابت .

الباب الثالث

الشهادة

حجيتها :

١ — الشهادة طريق من طرق الاثبات أمام القضاء .

قال تعالى : « واشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله » (الطلاق : ٢) .

وقال تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى » (البقرة : ٢٨٢) .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

— « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمر على أخيه ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت » رواه أحمد وأبو داود و «الغمر» (بكسر الغين المعجمة وسكون الميم ثم راء) أى صاحب حقد على أخيه و « القانع » الخادم والتابع وانما ترد شهادته للتهمة بجلب النفع لنفسه .

(بلوغ المرام رقم ١٢٠٢ ص ٢١٨) .

— « لا تجوز شهادة بدوى على صاحب قرية » رواه أبو داود وابن ماجة . (بلوغ المرام رقم ١٢٠٣ ص ٢١٨ — ٢١٩) .

— عن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد « أخرجه مسلم وأبو داود والنسائى وقال اسناده جيد (بلوغ المرام رقم ١٢٠٧ و ١٢٠٨ ص ٢١٩) .

قال فى المبسوط : أن القياس يأبى كون الشهادة حجة فى الأحكام لانها خبر محتمل للصدق والكذب ، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة ، ولكنا تركنا ذلك بالنصوص : قال تعالى : واستشهدوا شهيدين من

رجالكم » (البقرة : ٢ ٢٨) وقال تعالى : « فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » (النساء : ١٥) وقال صلى الله عليه وسلم : « شاهداك أو يمينه » وقال : « البينة على المدعى » ولأن حاجة الناس داعية الى ذلك لأن المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتعذر اقامة الحجة الموجبة للعلم فى كل خصومة ، والتكليف انما يكون بحسب الوسع ونظيره القياس فى الأحكام بغالب الرأى فى موضع الاجتهاد (أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٨٤) .

٢ - وقد رؤى جعل عنوان هذا الفصل « الشهادة » وليس « البينة » كما فعل القانون المدنى المصرى لأن البينة وان كانت مرادفة للشهادة عند عامة الفقهاء الا أنها عند البعض ليست مقصورة على الشهادة وانما هى اسم لكل ما يبين الحق ويظهره فالمراد بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة فيدخل فيها القرائن عند القائلين بأنها من طرق القضاء . (أنظر ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٣ و ٢٤ وكذلك ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ١ : ٢٠٢ والسنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ البند ١٦٠ ص ٣١١ والبند ١٦٥ ص ٣١٩) .

وكانت الشهادة من أقوى الأدلة بل كانت هى الدليل الغالب فى وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة ، وكانت الأمية متفشية ، وكان العلم بالرواية واللسان لا بالكتابة والقلم ، حتى كانت الشهادة هى التى تستأثر باسم « البينة » دلالة على أن لها المقام الاول فى البينات . فلما انتشرت الكتابة ، وتقلص ظل الأمية ، بدأت الكتابة تسود ، ثم أخذت المكان الأول فى الاثبات ، ونزلت الشهادة الى المكان الثانى لما تنطوى عليه من عيوب ظاهرة . فالشهادة تقوم أمانة الشهود ، والشهود حتى اذا هم لم يكذبوا معرضون للنسيان ، ثم أن الدقة تنقصهم . هذا الى أنه اذا أفسح المجال للاثبات بالشهادة ، وأصبح اعتماد القضاء عليه ، كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور يشهدون بالباطل . اما الكتابة فكفتها راجحة ومتى كانت بعيدة عن التزوير فهى أدق اداء وأكثر ضبطا للوقائع . ثم هى لا يرد عليها النسيان ، فهى دليل هيىء مقدما ليحيط بالواقعة المراد اثباتها احاطة شاملة ، لأنها انما اعدت لهذا الغرض .

على أن هناك اتجاها فى العصر الحاضر من شأنه أن يرد للشهادة اعتبارها ففى التقنينات الجرمانية وفى بعض التقنينات اللاتينية يجوز، فى المسائل المدنية على غرار المسائل التجارية الاثبات بالشهادة حيث يجوز الاثبات بالكتابة ويذهب بعض كبار الفقهاء من أمثال تالير الى تحبيذ هذا الاتجاه والقضاء الفرنسى ذاته ، فى خلال القرن الأخير ، يساير هذه النزعة فيتوسع فى قبول الشهادة عن طريق التوسع فى تفسير معنى « مبدأ الثبوت بالكتابة » ومعنى « تعذر الحصول على الكتابة » (السنهورى ، الوسيط ، جـ ٢ ، البند ١٦٥ ص ٣١٩ والبند ١٨٩ ص ٣٥٦ وما بعدها) .

والفقه الاسلامى يغلب الشهادة على الكتابة بل هناك من يمنع العمل بالكتابة دليلا فى الاثبات (أنظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٦١ وما بعدها) ويلاحظ أن الكتابة تكون فى الغالب اقرارا أو شهادة (راجع المذكرة الايضاحية للمادة ١٤ من هذا المشروع) .

(مادة ٣٥)

الشهادة هى الأخبار بحق أحد فى ذمة الآخر فى مجلس القاضى ومواجهة الخصمين .

المذكرة الايضاحية :

الغرض من الشهادة الحكم بموجبها فلابد أن تكون بحضرة القاضى فى مجلس حكمه الذى نصب ليفصل فيه بين المتنازعين ، فلو أخبر بها فى غير ذلك المجلس فلا تعتبر ولو كان القاضى حاضرا . وقد نص فى المادة ١٦٨٧ من المجلة أنه « لا تعتبر الشهادة التى تقع فى خارج مجلس المحاكمة » وأما المحكم فليس له مجلس معين كالقاضى ذى الولاية العامة بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه .

ويشترط على كل حال أن تكون الشهادة فى المجلس الذى نصب فيه نفسه للحكم . ويشترط أن تكون الشهادة بمواجهة الخصمين اذا كانا حاضرين بمجلس القاضى مع اشارة الشاهد عند أداء الشهادة الى كل منهما ولا حاجة الى ذكر اسمهما ونسبهما فى هذه الحالة لأن الاشارة أبلغ فى التعريف بالشخص من تعريفه باسمه ونسبه لأنه فى الحالة الأولى معين تعيينا ينتفى معه كل احتمال بخلاف الحالة الثانية مهما بولغ فيها فالاحتمال قائم وأن كان ضعيفا وعلى ذلك لو عرفهما باسمهما ونسبهما وهما حاضران ولم يشر اليهما لا يكتفى منه بهذا التعريف لما ذكر .

أما اذا كانا غائبين أو أحدهما فلا سبيل الى تعريف الغائب منهما الا باسمه ونسبه وتكون الشهادة حينئذ بمواجهة من ينوب شرعا مناب الغائب منهما من وكيل أو وصى .

وهل يشترط أن يؤدى الشاهد شهادته بلفظ « اشهد » ؟ اختلف فى ذلك فقال البعض بأنه يشترط بل جعله البعض « ركن » الشهادة (التنوير والتبيين والهداية والفتح والبدائع) وقال البعض : لايشترط وعلى الأول سارت المجلة (م ١٦٨٤ و ١٦٨٩) وعلى الثانى سارت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ١٧٥ ونصها : « ولا يشترط فى قبولها

لفظ « أشهد » وقد رؤى فى القانون الأخذ بالأخير استنادا الى ما قاله ابن القيم فى الطرق الحكمية (ص – ٢٠٤) : « قال شيخنا : فاشتراط لفظ الشهادة لا أصل له فى كتاب الله وسنة رسوله ولا قول أحد من الصحابة ولا يتوقف اطلاق لفظ الشهادة لغة على ذلك » (وانظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ٣٠٩ – ٣١٤) .

واشتراط الشهادة فى مجلس القاضى وفى مواجهة الخصمين تفترض سبق الدعوى من صاحب الحق المتعلق بها المشهود به وموفقة الشهادة للدعوى (انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ص ٣٤٧ و ٣٥٥ – ٣٥٦ . وقد نص فى المادة ١٦٩٦ من المجلة أنه : « يشترط سبق الدعوى فى الشهادة بحقوق الناس » .

(مادة ٣٦)

نصاب الشهادة فى حقوق العباد المالية رجلان أو رجل وامرأتان .

ويكفى فى قبول الشهادة أن تطابق شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر فى المعنى وان اختلفت الألفاظ .

وتقبل شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه الرجال عادة .

(م ١٦٨٥ و ١٧١٢ – ١٧١٥ من المجلة م ١٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

المذكرة الايضاحية :

١ – تبين هذه المادة نصاب الشهادة فى حقوق العباد من الأموال . والسند فى هذا التحديد قوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم » (الطلاق : ٢) . وقوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر احداهما الأخرى » (البقرة : ٢٨٢) .

وقال صلى الله عليه وسلم : « شاهداك أو يمينه » .

والقياس أن يكتفى بشهادة الواحد لأن رجحان جانب الصدق يظهر فى خبر الواحد العدل موجبا للعمل فى رواية الحديث . وكما لا يثبت القطع بخبر الواحد كذلك لا يثبت بخبر الاثنين ولا بخبر الأربعة بل يثبت بالعدد البالغ حد التواتر » واذن لا معنى لاشتراط رجلين أورجل وامرأتين لعدم الفائدة لكن ترك ذلك بالنصوص المبينة للعدد من الكتاب والسنة وحاشا أن يكون التقدير فى النصوص خاليا من الفائدة فان فيه معنى طمأنينة القلب وذلك عند اخبار العدد أظهر منه فى خبر الواحد ثم فى العدد معنى التوكيد أذ التزوير والتلبيس فى الخصومات يقع بكثرة فيشترط العدد فى الشهادات صيانة للحقوق من الضياع .

(السرخسى ، المبسوط ، ١٦ : ١١٢ وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٨٤ – ٢٨٥) .

٢ – وقد رؤى قطعا لكل شك أن ينص على الاكتفاء فى قبول الشهادة بمطابقة شهادة أحد الشاهدين شهادة الآخر فى المعنى وأن اختلفت الشهادتان فى الألفاظ (أنظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٦٤ – ٣٦٥) .

(مادة ٣٧)

١ – يشترط فى الشاهد أن يكون أهلا لأداء الشهادة .

٢ – ويكون أهلا لأداء الشهادة من كان بالغا خمس عشرة سنة ، عاقلا ، حافظا ، عدلا .

المذكرة الايضاحية :

٣ – ويجوز أن تسمع أقوال من لم تبلغ سنة خمس عشرة سنة بغير يمين وعلى سبيل الاستدلال .

(م ١٧٠٥ من المجلة و ١٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٥٩ بينات سورى و ٥٠ سودانى و ٦٤ أثبات مصرى) .

المذكرة الايضاحية :

١ – تتناول هذه المادة شروط الشاهد وهى البلوغ والعقل والحفظ ، والمقصود بالحفظ قوة الذاكرة وغالب حالة التذكر وقلة النسيان ، والعدالة .

٢ – وقد اختلفت العبارات فى تعريف العدالة فقيل : « العدل هو من تغلب حسناته سيئاته » (م ١٧٠٥ من المجلة) وقيل هو من لم يشتهر بالكذب مع الاسلام فان تعذر فمن لا يعرف بالكذب قبل ويجبر بزيادة العدد (فتاوى عليش ، ٢ : ٣١١) وقيل أن العدالة هى استواء أحوال الشخص فى دينه واعتدال أقواله وأفعاله ويعتبر لها شيئان : الصلاح فى الدين واستعمال المروءة بفعل مايجمله وترك ما يدنسه ويشينه عادة (منتهى الارادات ، ٢ : ٦٥٧) .

وروى عن أبى يوسف : العدل هو من لا يأتى بكبيرة ولايصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة (أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٢٤) .

٣ - أما من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة فقد أجيز سماع أقواله على سبيل الاستدلال بلا يمين . ومفاد ذلك أنه لا يكون أهلا للشهادة من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة ولكن للقاضى أن يسترشد بها اذا كان صاحبها مميزا يدرك ما يقول ووثق به لتعزيز شهادة شاهد بالغ أو أى دليل قانونى آخر .

(مادة ٣٨)

١ - يشترط لقبول الشهادة الا يكون الشاهد متهما فيها بان كانت تجر له مغنما أو تدفع عنه مغرما .

٢ - فلا تقبل شهادة الشخص لفرعه أو أصله أو زوجه او أخيه .

٣ - واذا كان بين الشاهد وأحد الخصمين علاقة صداقة أو عداوة ونحوهما فللمحكمة أن تقبل الشهادة أو تردها وفقا لما تراه .

(انظر من المجلة المواد من ١٧٠٠ الى ١٧٠٣ ومن القانون المدنى العراقى المواد من ٤٩٦ الى ٤٩٨ وابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ١ ص ٦٠ - ٩٦ ، أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٣ - ٢٣٥) .

المذكرة الايضاحية :

يشترط انتفاء التهمة عن الشاهد لترجيح جانب الصدق على جانب الكذب فى الشهادة فيشترط ألا يكون فيها جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه ، لأن الأصل فى بناء الأحكام القضائية على الشهادة التى لاتفيد الا ظنا انما هو دفع حاجة الناس واضطرارهم فى اثبات حقوقهم اليها فوجب أن يراعى فى خبر الشهود وفى أحوالهم مايرجح صدقهم فيما يشهدون به بالقدر المستطاع .

وعلى ذلك قال أبو حنيفه وأصحابه رحمهم الله : لا تقبل شهادة الأصل لفرعه ولا الفرع لأصله ولا أحد الزوجين لصاحبه ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتها ولا الأجير الخاص لمستأجرة ولا الصديق لصديقه اذا وصلت صداقتهما الى درجة أن يتصرف أحدهما فى مال الآخر بلا ممانعة . فاذا لم تصل الصداقة الى هذا الحد قبلت الشهادة . قالوا : وذلك لتمكن التهمة فيغلب على الظن كذب الشاهد. ويشترط أيضا الا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية لأن العداوة لأجل الدنيا حرام ، فمن ارتكبها لايؤمن من التقول عليه. أما اذا كانت العداوة دينية فانها لا تمنع لانها تدل على كمال دين الشاهد وعدالته لأن المعاداة قد تكون واجبة بأن رأى فيه منكرا شرعا ونهاه فلم ينته . وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف . قالوا : ومن ذلك ألايكون الشاهد خصما فلا تصح شهادة الوصى لليتيم ، والوكيل للموكل ، لأن كل واحد منهما يكون مدعيا وشاهدا ويلحق بهذا شهادة المولى لعبده لأنها فى المعنى شهادة لنفسه . وجعلوا من هذا أيضا شهادة الانسان على فعل نفسه ، فلو قال الوكيل بالبيع أو الدلال كنا بعنا هذا المال الذى يدعى المشترى أنه ملكه بسبب الشراء لا تقبل شهادتهما أما لو شهدا بأن العين ملك المدعى ولم يصرحا بقولهما كنا بعنا قبلت الشهادة .

(أنظر الدر وتكملة رد المحتار والهداية وشروحها وتبيين الحقائق والمجلة وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ص ٣٣٠ ، ٣٣١) .

وفى التبصرة وابن جزى ما حاصله : من موانع قبول الشهادة تهمة الشاهد فيما يشهد به ولو كان فى ذاته عدلا ومن ذلك أن يكون فى الشهادة جر مغنم له أو دفع مغرم عنه كأن يشهد الوصى بدين الميت ، والمنفق عليه بمال للمنفق على غيره وكشهادة المدين المعسر لرب الدين وكان يشهد من له دين على مفلس أن للمفلس دينا على غيره ، ليصل بذلك الى دينه ، أو يكون فى الشاهد ميل طبعى للمشهود لهفلاتقبل شهادة الولد لوالديه ولاأجداده وجداته ولاشهادةواحدمنهم لهولاشهادةالزوج لأمراته ولا شهادتها له ولا شهادة وصى لمحجوره . واختلف فى شهادةالأخ لأخيه وقيل تقبل اذا كان عدلا مبرزا ، وقيل اذا لم يكن تحت صلته واختلف فى شهادة الصهر لصهره والصديق لصديقه وفى شهادة الرجل لابن امرأته ، وفى شهادة المرأة لابن زوجها وفى شهادة الوالد لأحد ولديه على الآخر ، وفى شهادة الولد لاحد والديه على صاحبه أو يكون فى الشاهد ميل على المشهود عليه فلا تقبل شهادة العدو على عدوه اذا كانت العداوة فى أمر دنيوى من مال أو جاه أو منصب أو خصام أو مافى معنى ذلك بخلاف الدينية الا أن يؤدى الى افراط الأذى من الفاسق المعادى لفسقه لمن غضب عليه وهجره لله تعالى لأن ذلك ربما أورث الشحناء ، وكذا لا تقبل شهادة الخصم على خصمه . وكل من لاتقبل شهادته عليه تقبل له كالخصم بالنسبة الى خصمه وكل من لا تقبل شهادته له تقبل عليه كالأب بالنسبة الى ابنه.

(أنظر التبصرة ، ١ : ٢٢٣ وما بعدها) .

وفى المهذب : ولا تقبل شهادة الوالدين للأولاد وان سفلوا ، ولا شهادة الأولاد للوالدين وان علوا . وقال المزنى وأبو ثور تقبل ووجهه قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » فعم ولم يخص ولأنهم كغيرهم فى العدالة فكانوا كغيرهم فى الشهادة وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذى احنة (الظنين المتهم والاحنة الحقد) وهذا متهم لانه يميل اليه ميل الطبع (والطبع هو السجية بما

جبل عليه الانسان من أصل الخلقة) ، ولأن الولد بضعة من الوالد والآية نخصها بما ذكرناه وتقبل شهادة أحدهما على الآخر فى جميع الحقوق . قال : ومن اصحابنا من قال : لا تقبل شهادة الولد على الوالد فى ايجاب القصاص وحد القذف لأنه لا يلزمه القصاص بقتله ولاحد القذف بقذفه فلم يلزمه ذلك بقوله . والمذهب الأول لأنه انما ردت شهادته له للتهمة ولا تهمة فى شهادته عليه . ومن عدا الوالدين والأولاد من الأقارب كالأخ والعم وغيرهم تقبل شهادة بعضهم لبعض لأنه لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر فى العتق ولاماله كماله فى النفقه وكذا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخرلأن النكاح سبب لايعتق به أحدهما على الآخر بالملك فلم يمنع من شهادة أحدهما للآخر كقرابة ابن العم . ولا تقبل شهادة الزوج على زوجته فى الزنا لأن شهادته دعوى خيانة فى حقه فلم تقبل كشهادة المودع على المودع بالخيانة فى الوديعة . ولانه خصم لها فيما يشهد به فلم تقبل ، كما لو شهد عليها انها جنت عليه .

وقال ابن القيم فى اعلام الموقعين (١ ، ٩٥ ـ ٩٦) ما ملخصه : « شهادة انقريب لقريبه لاتقبل مع التهمة وتقبل بدونها ـ هذا هو الصحيح . وقد اختلف الفقهاء فى ذلك : فمنهم من جوز شهادة القريب لقريبه مطلقا كالأجنبى ولم يجعل القرابة مانعة من الشهادة بحال كما يقول أبو محمد بن حزم وغيره من أهل الظاهر ، وهؤلاء يحتجون بالعمومات التى لا تفرق بين أجنبى وقريب . ومنهم طائفة منعت شهادة الأصول للفروع والفروع للأصول خاصة وجوزت شهادة سائر الأقارب بعضهم لبعض ، وهذا مذهب الشافعى وأحمد قال : وليس مع هؤلاء نص صحيح بالمنع ثم ساق أدلة الشافعى وافية وقد تقدم بعضها ثم رد عليها . وقبل ذلك أورد أدلة المجوزين وهى الاستدلال بالنصوص العامة كما صنع المزنى وأبو ثور فيما تقدم ثم نقل عن عمر بن الخطاب وشريح وعمر بن عبد العزيز وغيرهم من السلف الصالح وتابعيهم قبول شهادة الاصل للفرع والفرع للاصل والقريب لقريبه واحد الزوجين للآخر . وقال فيما قاله نقلا عن الزهرى : لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح فى شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا الأخ لأخيه ولا الزوج لامرأته . ثم ظهر بعد ذلك من الناس أمور حملت الولاة على اتهامهم فتركت شهادة من يتهم اذا كانت من قرابة وصار ذلك من الولد والوالد والأخ والزوج والمرأة ـ لم يتهم الا هؤلاء فى آخر الزمان . والصحيح أنه تقبل شهادة الابن لأبيه والأب لابنه فيما لا شبهة فيه ، وهذا أحد اقوال ثلاثة للامام احمد .

وقال المرحوم الشيخ احمد ابراهيم فى طرق القضاء ، ص ٣٣٥ : اقول : وعلى هذا فتقدير الشهادة وتعرف وجه التهمة فيها موكول الى القاضى فيرد ما يرى فيه تهمة ويقبل ما يراه بريئا منها وهنا من الصعوبة بمكان ، والأول اضبط واسلم . والله أعلم » .

(انظر احمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٣٠ ـ ٣٣٥) .

وقد رؤى الاكتفاء بما ورد فى هذه المادة اقتباسا من جملة هذه النصوص .

(مادة ٣٩)

لا تقبل الشهادة التى يكذبها الحس أو التى تخالف المتواتر

(م ١٦٩٧ و ١٦٩٨ من المجلة)

المذكرة الايضاحية :

يشترط لقبول الشهادة ألا يكذبها الحس . فان كذبها الحس فلا تقبل ولا يجوز أن يبنى عليها قضاء . وذلك لأن الحس يفيد علما قطعيا والشهادة تفيد خبراظنيا والظنى لا يعارض القطعى . وذلك كالبينة التى تقام على موت شخص وحياته مشاهدة أو على خراب دار وهى قائمة يشهد العيان بعمارتها وكذا الشهادة التى تخالف المتواتر لأن المتواتر يفيد علم اليقين والشهادة ظنية يدخلها الشك .

(انظر أحمد أبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٩ ـ ٣٢ و ٣١٧ والفتاوى الهدية وتبصرة الحكام ، ١ : ٢٠٤ ـ ٢٠٥) .

(مادة ٤٠)

يجوز اثبات الدعوى بالشهادة مالم يوجد نص بغير ذلك .

(م ١٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٤٩ اثبات سودانى وم ٤٠٠ مدنى مصرى و٦٠ اثبات مصرى و٥٢ بينات سورى و٤٨٦ مدنى عراقى) .

المذكرة الايضاحية :

١ ـ قررت هذه المادة مبدأ قبول الشهادة فى الدعوى .

٢ ـ وقد رؤى أن يضاف الى النص «مالم يوجد نص بغير ذلك» ذلك ان هناك قيودا ترد على الاثبات بالشهادة ـ (أنظر فيما بعد المادة التالية (٤٢) ـ التى لاتجيز الاثبات بالشهادة فى التصرفات القانونية المدنية اذا زادت قيمة التصرف على قدر معين من المال «عشرين جنيها») .

(مادة ٤١)

١ ـ فى غير المواد التجارية ، اذ اكان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيها ، او كان غير محدد القيمة ، فلا تسمع عند الانكار

الشهادة ، فى اثبات وجوده أو انقضائه ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف . ويجوز سماع الشهادة اذا كانت زيادة الالتزام على عشرين جنيها لم تات الا من ضم الملحقات الى الأصل .

٣ - واذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز سماع الشهادة فى كل طلب لاتزيد قيمته على عشرين جنيها ، ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وتكون العبرة فى الوفاء اذا كان جزئيا بقيمة الالتزام الأصلى .

(م ٦٠ اثبات مصرى و٤٠٠ مدنى مصرى و٥٢ - ٥٤ بينات سورى و ٤٨٦ - ٤٨٨ مدنى عراقى .

وفى قانون الاثبات السودانى نص فى المادة ١٣ - ٤ أنه «يجوز فى جميع الاحوال اثبات انقضاء الالتزام بأى طريق من طرق الاثبات») .

المذكرة الايضاحية :

١ - تعرض هذه المادة لتقييد الاثبات بالشهادة عن طريق سماع الشهادة فتقضى بأنه لاتسمع الشهادة فى التصرفات القانونية المدنية التى تجاوز قيمتها عشرين جنيها . وبذلك يخرج عن نطاق هذا الحظر:

(أ) الوقائع القانونية المادية - ذلك أن الكثرة الغالبة منها لايتيسر اثباتها بالكتابة ولان الخطير من هذه الوقائع كالميلاد والوفاة يوجب القانون تسجيلها بالكتابة على نحو خاص ولان هذه الوقائع تحدث ويراها الناس فلا تختلف أفهامهم كثيرا فى روايتها كما وقعت اذ أنها ليست من الدقة والتعقيد بحيث يصعب على الشهود استيعاب تفاصيلها .

(ب) التصرفات القانونية التجارية - ذلك لما يقتضيه التعامل التجارى من السرعة . وما يستلزمه من البساطة وما يستغرقه من وقت قصير فى تنفيذها بخلاف المعاملات المدنية فتستغرق وقتا طويلا فى التنفيذ فكانت الحاجة الى الكتابة . ويلاحظ أن من المسائل التجارية مالايستقيم الابالكتابة مثل الأوراق التجارية والمسائل التجارية التى تستغرق وقتا طويلا وتنطوى على أهمية خاصة كما هو الأمرفى عقود الشركات التجارية (م ٤٠ - ٤٦تجارى) وفى عقود بيع السفن (م ٣ بحرى) وفى ايجارها (م ٩٠ بحرى) وفى التامين عليها أو على البضائع (م ١٧٤ بحرى) وفى القروض البحرية (م ١٥٠ بحرى) .

(ج) التصرفات القانونية المدنية التى لاتزيد قيمتها على عشرين جنيها وذلك لقلة قيمتها ولجريان العادة عدم اثباتها بالكتابة .

(انظرالسنهورى ، الوسيط ، ج ٢، البند١٨١ ص ٣٤٠ومابعدها) .

٢ - وتختلف حجية الشهادة جوهريا عن حجية الكتابة . فبينمايعتبر الدليل الكتابى ، حجة بذاته ، فيفرض سلطانه على القضاء مالم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض باثبات العكس ، تترك الشهادة على نقيض ذلك لتقدير القاضى ، بيد أن سلطة القاضى فى التقدير لاتتناول الا تعلق الشهادة بالوقائع ، دون جواز قبول الاثبات بمقتضاها ، لأن تعيين حدود هذا الجواز من شان القانون وحده .

٣ - الاتفاق على مخالفة قواعد الاثبات بالشهادة :

من الاهمية بمكان تعيين ما اذا كانت القواعد الخاصة بطرق الاثبات وعبئه تتعلق بالنظام العام أم انها مسالة خاصة . فاذا قيل بالأول ترتب على ذلك بطلان كل اتفاق مخالف ولوقيل بالثانى صح اتفاق المتعاقدين على الخروج عليها .

وقد ذهب البعض الى الحاق هذه القواعد بالنظام العام لتعلقها بالنظام القضائى ولأنها شرعت للوصول الى أمثل طريق لحسم المنازعات . ومؤدى هذا الرأى أن قواعد الاثبات لايجوز استبعادها أو تعديلها بمقتضى اتفاق خاص .

وذهب رأى آخر الى أن قواعد الاثبات لاتكفل الا حماية مصالح خاصة ويجوز فى منطق هذا الرأى للمتعاقدين أن يعدلوا فيها باتفاقهم .

وتعرض الاتفاقات الخاصة بتعديل الوقائع التى يجرى اثباتها وتعديل عبء الاثبات ، بوجه خاص ، فى عقود التامين وعقود الاذعان اما طرق الاثبات فالخلاف بشأنها يعرض بصدد الشهادة والقرائن . وقد قضت محكمة النقض المصرية بجواز هذا الاتفاق . وقد رؤى التمشى مع هذا القضاء ومقتضاه وجوب التمسك بعدم سماع الشهادة فى هذه الحالة لأن فى اغفال ذلك تنازلا عن التمسك به .

٤ - وتعرض الفقرة الثانية لتقدير قيمة الالتزام عند الاثبات وقضت بأن مناطه هو قيمة التصرف عند انعقاده فجعلت بذلك أصل الدين دون الملحقات مناطا للتقدير ويلاحظ أن هذه الفترة تتمشى مع تقنين المرافعات المصرى الخاصة بتقدير قيم الدعاوى لتعيين الاختصاص النوعى

٥ – أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فتعرض لتقدير قيمة الالتزام عند تعدد الطلبات فقضت بأنه اذا كان النزاع متعلقا بالتزامات من طبيعة واحدة تمت فى أوقات مختلفة لا فى وقت واحد فكل التزام من هـــذه الالتزامات يجوز اثباته بالشهادة متى كانت قيمته لا تجـاوز عشرين جنيهـا .

وقد أخذ القانون بذات المبدأ الذى سار عليه قانون الاثبات المصرى الحالى من أن العبرة فى اثبات الوفاء بالشهادة هى بقيمة الالتزام الأصلى ولو كان الوفاء جزئيا وذلك دفعا لما وجه من نقد لحكم تفريق اثبات وفاء الدين دفعات متعددة كل واحدة لا تجاوز العشرين جنيها لأن فى ذلك تحللا من شرط الاثبات بالكتابة وتحايلا لا يجوز اقراره .

(مـادة ٤٢)

لا تسمع الشهادة ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها :

(أ) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى .

(ب) اذا كان المطلوب هو الباقى أو جزءا من حق لا يجوز اثبـاته الا بالكتابة .

(ج) اذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيها ثم عدل عن طلبه الى مالا يزيد على هذه القيمة .

(م ٦١ اثبات مصرى و٤٠١ مدنى مصرى و١٣ – ١ اثبات سودانى تقابل البند «أ» من هذه المادة و٤٨٩ مدنى عراقى و٥٥ بينات سورى) .

المذكرة الايضاحية :

١ – تناولت هذه المادة بيان أحوال عدم سماع الشهادة . وليس الحظر فى أولى هذه الأحوال الا تطبيقا للمأثور من «صدارة الكتابة على الشهادة» ووسيلة لكفالة احترام الدليل الكتابى .

ويراعى أن حكم هذا الحظر يسرى ، فى هذه الحالة ، ولو لم تزد قيمة الالتزام على عشرين جنيها ، فاذا كان المتعاقدون قـد لجاوا الى الدليل الكتابى ، امتنع قبول الاثبات بالشهادة ، ولو لم يكونوا ملزمين قانونا بالالتجاء الى هذا الدليل . ذلك أن القانون يعتبر أن الكتابة بمجردها هى الدليل الكامل .

ويقصد بالدليل الكتابى المحررات الرسمية والعرفية والرسائل . فهذه المحررات وحدها هى التى لا يقبل الاثبات بالشهادة لنقض الثابت فيها أو بالاضافة اليها . وقد يكون قوام الاضافة الادعاء بصدور تعديلات شفوية قبل انعقاد الالتزام أو بعده أو فى وقت معاصر له . ومهما يكن من أمر هذه الاضافة ، فلا تسمع فيها الشهادة ، أيا كانت صورتها فمن ذلك الادعاء باضافة وصف من الأوصاف المعدلة لحكم الالتزام ، كشرط أو أجل ، أو بالتجديد (بالاستبدال) . ولا يجوز كذلك نقض الثابت بالكتابة من طريق الشهادة فلا يجوز الادعاء مثلا بعدم مطابقة شرط من شروط المحرر للحقيقة واقامة الدليل على ذلك بالشـــهادة كما لو أريد اثبات أن حقيقة المبلغ المقترض ليست مائة جنيه على ما هو ثابت بالكتابة بل أكثر .

أما الحالتان الأخريان اللتان تكفل النص ببيانهما فأولاهما حالة ما اذا اجتزأ المدعى من دعواه بالمطالبة بعشرين جنيها فانه لا يجوز الاثبات بالبينة لأن مناط التقدير فى الاثبات هو قيمة الالتزام بأكمله وقت نشوئه . والثانية حالة ما اذا طلب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيهـا ، ثم عدل طلبه الى مـالا يزيد على هذه القيمة فلا تسمع الشهادة لأن تقدير الطلب يناط بقيمة الالتزام بأسره دون تجزئة أو تبعيض أى ولو كانت البقية من الدين أقل من عشرين جنيها متى كان أصل الدين بأسره يجاوز هذا القدر .

(مـادة ٤٣)

١ – تسمع الشهادة فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢ – وكل كتابة تصـدر من الخصم ويكون من شـأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة .

(م ٦٢ اثبات مصرى وم ٤٠٢ مدنى مصرى وم ٤٩٠ مدنى عراقى و ٥٦ بينات سورى . وانظر نقده فى السنهورى ، الوسيط ، جـ٢ الهامش٣ ص ٤١٤ – ٤١٥) .

المذكرة الايضاحية :

١ – هذا استثناء بالغ الأهمية من القاعدة ذلك أنه يجعل الاثبات بالشـهادة جائزا اذا جاوزت القيمة مبلغ عشرين جنيها ووجد مبدأ ثبوت بالكتابة . وبذلك يكمل ما يعتور الدليل المستخلص من هـذا المبدأ من نقص وقصور .

وينهض لتوجيه هـذا الحكم ما هو ملحوظ من أن مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال . ويعتبر هذا الوجه ضمانا كافيا للحد من الأخطار التى تكتنف الاثبات بالشهادة . ثم ان الشهادة لا تكون فى هذه الحالة الا دليلا مكملا أو متمما .

أما فيمـا يتعلق بنطاق تطبيق هـذا النص فليس من شك فى أنه لايسرى حيث تكون الكتـابة شرطا من شروط صـحة الالتزام يترتب البطلان على تخلفه ، ولو كانت القيمة أقل من عشرين جنيها . كمـا هو شـأنه فى المحـررات الرسمية . ذلك أن الكتـابة أو الأوضـاع الشكلية لا تكون فى هذه الحالة مجرد دليل فحسب ، بل تعتبر ركنا

أو شرطا من شروط الصحة الموضوعية . على أن الخلاف قد أثير فى الفقه بصدد الالتزامات التى يشترط فيها القانون الكتابة دون أن ينص على البطلان ولا سيما بالنسبة للايجار ، والرأى أن الالتزام يترتب صحيحا فى هذه الحالة ، ولكن لا يمكن اثباته الا بالاقرار أو اليمين ، لأن الشهادة قد استبعدت صراحة بالنص ، فليس يجوز العود اليها من طريق غير مباشر بالالتجاء الى مبدأ الثبوت بالكتابة .

٢ – ويشترط لتوافر مقومات مبدأ الثبوت بالكتابة :

(أ) أن يكون ثمة محرر .

(ب) وأن يكون هذا المحرر صادرا ممن يحتج به عليه .

(ج) وأن يكون من شأنه أن يجعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال .

فالشرط الأول وهو وجود كتابة أو محرر عام الدلالة ، فلفظ الكتابة يصرف الى أوسع معانيه ، فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع . ولذلك استعمل النص عبارة « كل كتابة » وقد تكون هذه الكتابة سندا أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للاسم أو توقيعا أو غير ذلك .

والشرط الثانى هو صدور المحرر من الخصم الذى يحتج عليه به لا من احد الأغيار . بيد أن المحرر يعتبر صادرا من مثل هذا الخصم ولو كان صادرا من غيره متى كان هذا الغير مستخلفا تسرى التزاماته على من يخلفونه خلافة عامة (كالورثة) وفقا للقواعد العامة ، أو نائبا قانونيا أو اتفاقيا ، يعمل فى حدود نيابته لان كتابة الموكل تكون حجة على الوكيل والعكس . ولذلك استعمل النص عبارة الخصم أو نائبه وفقا لما جرى عليه القضاء المصرى .

اما الشرط الثالث وهو جعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال ، فتقديره موكول الى القاضى . ويراعى أن هذا الشرط جوهرى اذ ينبغى أن يكون حلقة الاتصال بين الكتابة والالتزام المدعى به ، وينبغى أن يدل على أن هذا الالتزام ليس مجردا من الأساس تجريدا تاما .

فبهذا الوضع فحسب يجوز أن تكمل الكتابة بالبينة فتصبح دليلا مقبولا ، مع أنها بمجردها تكون قاصرة غير مغنية فى الاثبات . ومن امثلة الأوراق التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المحررات المثبتة لبدء التنفيذ ، أو للوفاء بالايرادات .

٣ – على أن الفقه والقضاء فى مصر قد استقرا على أن اقرارات الخصوم التى يدلون بها وتدون تحت اشراف موظف مختص ، أوقاض يأمر باثباتها ، يكون حكمها حكم المحررات الصادرة منهم ، ولو لم تكن مدونة بخطهم أو موقعا عليها منهم . ويتعين بداهة فى هذه الحالة أن يكون الموظف العام مختصا بتلقى مثل هذه الاقرارات ، وأن يكون للقاضى ولاية الأمر باثباتها . وغنى عن البيان أن ما يصدر من الخصوم من اقرارات على هذا الوجه يكون بمنزلة – مبدأ ثبوت بالكتابة اذا كان من شأنه أن يجعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال . وقد حفلت أحكام القضاء بكثير من التطبيقات فى هذا الصدد ، فمن ذلك مثلا الاقرارات التى يدلى بها فى محضر جرد أو حصر تركة أو مناقصة أوقسمة والبيانات التى تدون فى ورقة من أوراق المحضرين والاقرارات التى تصدر فى استجواب عن وقائع والاقرارات أو الشهادة التى يدلى بها ذوو الشأن أمام قاضى التحقيق أو القاضى المدنى أو الجنائى ومايثبت من أقوال أو اقرارات فى حكم من الأحكام .

وقد أشارت المادة ٤٤٥ – ٣ من التقنين المراكشى الى هذه التطبيقات فى معرض ايراد الأحكام الخاصة بمبدأ الثبوت بالكتابة ، فنصت على أن الاقرارات التى يتلقاها أحد الموظفين العموميين المختصين أو القضاة فى حدود ولايته ، تعتبر صادرة من الخصم .

(أنظر السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، البند ٢٠٥ ص ٤١٢ وما بعدها) .

(مادة ٤٤)

يجوز سماع الشهادة فيما كان يجب اثباته بالكتابة :

(أ) اذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى .

(ب) اذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه .

(م ٦٣ اثبات مصرى م ٤٠٣ مدنى مصرى وم ١٣ (٣) اثبات سودانى وم ٤٩١ مدنى عراقى وقد اقتصر فيها فى الفقرة الأولى على المانع المادى وأضيف : «ويعتبر مانعا ماديا ألا يوجد من يستطيع كتابة السند» وبدلا من المانع الأدبى الوارد فى الفقرة «أ» نص فى الفقرة «ب» : « اذا كان العقد مبرما ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشى الى الدرجة الرابعة أو بين الزوجين وأبوى الزوج الآخر » فحصر الموانع الأدبية فى الزوجية والقرابة والفقرة «ج» منها تطابق الفقرة «ب» من هذه المادة) و٥٧ بينات سورى ونصها : «يجوز الاثبات بالشهادة فى الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة :

(أ) اذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى .

ويعتبر مانعا ماديا أن لا يوجد من يستطيع كتابة السند أو أن يكون طالب الاثبات شخصا ثالثا لم يكن طرفا فى العقد . وتعتبر مانعا أدبيا القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو مابين الحواشى الى الدرجة الثالثة أو مابين أحد الزوجين وأبوى الزوج الآخر .

(ب) اذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه .

(ج) اذا طعن فى العقد بأنه ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام أو الآداب ».

المذكرة الايضاحية :

— تبين هذه المادة استثناءين يجوز فيهما الاثبات بالشهادة فيما يجاوز عشرين جنيها كما يجوز نقض الثابت بالكتابة والاضافة اليه · والشهادة هنا لا تكمل الدليل الكتابى بل تحل محله بعد أن فقد أو استحال تحصيله ·

والواقع أن وجوب الاثبات بالكتابة يفترض امكان الحصول على الدليل الكتابى ، فاذا حالت ظروف خاصة دون ذلك ، تحتم الاستثناء اذ لا قبل لأحد بالمستحيل ·

ويراعى من ناحية أخرى أن هذا النص يرمى الى استبدال الشهادة بالدليل الكتابى ، فهو والحال هذه لا يطبق حيث تكون الكتابة شرطا يترتب على تخلفه بطلان التصرف ، بل يطبق فى الأحوال الخاصة التى يتطلب فيها القانون الدليل الكتابى للاثبات ، ولو كانت القيمة أقل من عشرين جنيها ·

١ — الاستثناء الأول :

وحالة الاستثناء الأولى هى حالة وجود مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى لاثبات التصرف القانونى ويلاحظ فيما يتعلق بالعبارة التى أفرغ فيها الاستثناء أنها عامة وغير مقصورة على الدائن ·

فهذا الاستثناء يسرى على جميع الالتزامات التى يتعين اثباتها أمام القضاء بالكتابة اذا كان قد امتنع على الدائن أو المدين الذى يقع عليه عبء الاثبات أن يحصل على دليل كتابى · ولذلك أفرغ المشروع هذا الحكم فى عبارة عامة ·

أما فيما يتعلق بخصائص الاستحالة فيراعى أن الاستثناء يرد على قاعدة حظر سماع الاثبات بالشهادة ، وهذه القاعدة تطبق بشأن التصرفات القانونية ، دون الوقائع القانونية · ويستخلص من ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق الا على التصرفات القانونية وهى التى تنفرد بوجوب استعمال الكتابة فى اثباتها · ويتفرع على هذا ما يأتى :

(أ) أن استحالة الحصول على دليل كتابى فى هذه الحالة ليست مطلقة بل هى نسبية عارضة ·

(ب) أن الاستحالة لا ترجع الى طبيعة الواقع بل ترجع الى الظروف الخاصة التى انعقد فيها التصرف ·

(ج) أن الاستثناء لا يتعلق بالوقائع القانونية التى يمتنع فيها على وجه الاطلاق الحصول على دليل كتابى ·

أما فيما يتعلق بطبيعة الاستحالة فقد صرح النص بأنها اما أن تكون مادية واما أن تكون معنوية · وتفترض الاستحالة المادية أن التصرف القانونى نشأ فى ظروف لم يكن لذى الشأن فيها فسحة من الوقت او وسيلة للحصول على دليل كتابى ، ومن قبيل ذلك ما ينشأ من التصرفات عند الكوارث أو الحوادث المفاجئة أو النكبات أو الحرائق أو حوادث الغرق ·

واذا كان القاضى هو المرجع فى تقدير الظروف المانعة الا أن من واجبه أن يبين هذه الظروف عند تسبيبه الاستحالة المادية ، أما الاستحالة المعنوية التى تحول دون الحصول على كتابة فلا ترجع الى ظروف مادية، بل ترجع الى ظروف نفسية تتصل بعلاقات الخصوم وقت انعقاد التصرف · ومرجع الأمر فى تقدير هذه الاستحالة مع ما ينطوى فى هذا التقدير من دقة هو القاضى ولكن يتعين عليه أن يسبب تقديره ·

وتختلف التطبيقات القضائية فى هذا الشأن باختلاف ما يتواضع عليه الناس من الناحيتين الخلقية والاجتماعية فى البلاد ، ولذلك كانت صلة الاستحالة المعنوية بالسنن الجارية والعرف والتقاليد جد وثيقة· فعرف البلد هو المعيار الذى يعتد به القاضى فى تقديره ، متى كان هذا العرف مستقرا مقطوعا بوجوده · وبديهى أنه ليس يسوغ الاجتزاء فى هذا الصدد بأوامر الصداقة أو مقتضيات اللياقة بمجردها · ومن بين مايمكن أن يساق من أمثلة الاستحالة المعنوية صلة القرابة الوثيقة، ومركز الطبيب اذ يمتنع عليه أدبيا أن يطالب بدليل كتابى ومركز العميل الشخصى وفقا لعرف البلد وصلة العميل بالحائك وفقا للعرف الجارى وطبيعة التعاقد فى المطاعم والأسواق واجارة الخدم ·

٢ — الاستثناء الثانى :

يفترض الاستثناء الثانى أن القواعد المتعلقة بالدليل الكتابى قد روعيت ، بيد أن الاثبات بالكتابة قد امتنع بسبب فقد هذا الدليل · ولكن يشترط فى هذه الحالة أن يكون هذا الفقد راجعا الى سبب لا يد للمدعى فيه ومؤدى هذا أن يكون الفقد قد نشأ من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة · وترد علة هذا الشرط الى الرغبة فى استبعاد صور الفقد بسبب يتصل بفعل مدعى الدليل (كاعدام الورقة مثلا) لقطع السبيل على التواطؤ مع الشهود ، وبذلك لايكون للمدعى أن يتمسك بأى سبب يرجع الى فعله ، ولو كان هذا الفعل مجرد اهمال أو تراخ ·

وغنى عن البيان أن نطاق تطبيق هذا الاستثناء أرحب من نطاق سابقه ، لأن الدليل الكتابى سبق أن وجد وليست المسألة امتناع تحصيل هذا الدليل بل امتناع تقديمه · ولذلك تجوز اقامة الدليل بالشهادة على وجود سند وصية أو عقد شكلى فقد من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة ·

أما فيما يتعلق بالدليل على الفقد فيقع عبء اقامته على المدعى مبدئيا ، فمن واجبه فضلا عن اثبات الحادث الجبرى او القوة القاهرة أن يقيم الدليل على سبق وجود المحرر ومضمونة وعلى مراعاة شروط الصحة التى يتطلب القانون توافرها فيه ، ان كان هذا المحرر من قبيل المحررات الشكلية · فاذا تم ذلك للمدعى كان له أن يثبت ما يدعى بالشهادة

٣ ـ استثناء ثالث :

وهناك استثناء ثالث رؤى عدم النص عليه وهو حالة ما اذا طعن في العقد بأن له سببا غير مشروع ذلك لأنه يفترض توافر ضرب من ضروب الغش · ومن المعلوم أن الغش يجوز اثباته على وجه العموم بالشهادة · وازاء ذلك لايوجد مايدعو الى افراد هذا الاستثناء هنا بحكم خاص ·

(مادة ٤٥)

الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل الى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني ولم تاذن السلطة المختصة في اذاعتها ومع ذلك فلهذه السلطة أن تاذن لهم في الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم ·

(م ٦٥ اثبات مصرى و ٢٠٦ مرافعات قديم) ·

المذكرة الايضاحية :

الحكم الوارد في هذه المادة قصد به حماية أسرار الدولة ·

(مادة ٤٦)

لايجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة ·

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها اليهم على الا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم ·

(م ٦٦ اثبات مصرى و٢٠٧ ـ ٢٠٨ مرافعات قديم)

المذكرة الايضاحية :

قصد بهذا الحكم حماية أسرار المهنة ·

(مادة ٤٧)

لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه اليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالهما الا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو اقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الأخر ·

(م ٦٧ اثبات مصرى و ٢٠٩ مرافعات قديم) ·

المذكرة الايضاحية :

قصد بهذا الحكم حماية أسرار الزوجية ولم يمده الى حالة الخطبة ·

(مادة ٤٨)

على الخصم الذى يطلب الاثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التى يريد اثباتها كتابة أو شفاها في الجلسة وعدد شهوده وأسماءهم ·

(م ٦٨ اثبات مصرى و ٦٨ بينات سورى وأضافت : « وان يسمي شهوده على أن لا يتجاوز عددهم الخمسة في الواقعة الواحدة الا اذا أجازت له المحكمة ذلك » ·

المذكرة الايضاحية :

أريد بهذا النص أن يبين طالب الاثبات بالشهود وقائع الدعوى التى يريد اثباتها وذلك لتتضح الوقائع غير المتنازع فيها ، والوقائع التى لايجوز اثباتها بالبينة والوقائع التى قد تكفى ظروف الدعوى الأخرى في اثباتها دون حاجة لاجراء تحقيق ، والوقائع التى لا يثمر اثباتها في الدعوى ، والوقائع غير المتعلقة بالدعوى ·

ويكون طلب الاثبات بشهادة الشهود في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة ثانى درجة وقد رؤى الاقتداء بقانون البينات السورى واتساقا مع حكم المادة التالية (٥٠) من هذا القانون وجوب أن يبين طالب الاثبات عدد شهوده وأسماءهم ·

(مادة ٤٩)

اذا قال المدعى ليس لى شاهد أصلا ثم أراد أن يأتى بشهود ، أو قال ليس لى شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لى شاهد آخر لا يقبل قوله الأخير ·

(م ١٧٥٣ من المجلة) ·

المذكرة الايضاحية :

قصد بهذا النص منع الدعاوى الكيدية والباطلة وحض المدعى على تحضير بينته كاملة قبل رفع الدعوى ·

وليس للمدعى أن يطلب الاستشهاد بشهود بعد أن نفى أن له شهودا ولا أن يزيد في عددهم بعد تحديدهم وبيانهم ·

(مادة ٥٠)

الاذن لأحد الخصوم باثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق ·

(م ٦٩ اثبات مصرى م ٥٨ بينات سورى وم ٦ اثبات سودانى وهى عامة ونصها : «الاذن لأحد الخصوم باثبات واقعة معينة يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها » ، وم ١٨٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « اذا قدم أحد الخصوم بينة لاثبات واقعة كان للخصم

الآخر الحق دائما فى اثبات عدم صحة تلك الواقعة بكافة طـرق الاثبات • وتتبع جميع اجراءات الاثبات فى حق الخصوم على السواء) •

المذكرة الايضاحية :

يقتضى الأذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بالشهادة أيضا سواء نص على ذلك فى الحكم الصادر بالشهادة أو لم ينص لأن ذلك يعتبر من مقتضيات حق الدفاع • ولكن ذلك يقتصر على نفى الوقائع المأمور باثباتها ولا يبيح للخصم أن يثبت غيرها من الوقائع بشهادة الشهود•فاذا حكمت المحكمة فى دعوى بطلب دين هو ثمن أشياء مبيعة بالأذن للمدعى باثبات صفة البيع بالشهادة فانه يكون للمدعى عليه أن ينفى هذه الواقعة بالشهادة ولكن لا يكون له أن يثبت براءة ذمته بالوفاء بشهادة الشهود • فان أراد ذلك كان عليه أن يطلب من المحكمة الاذن له بذلك وأن يستصدر حكما به • واذا أذنت المحكمة للمدعى باثبات الواقعة التى يزعم أنها أنشأت الدين المطلوب كان للمدعى نفى تلك الواقعـة ولكن ليس له أن يثبت بموجب هذا الحكم انقضاء الدين بل يجب عليه اذا أراد ذلك أن يستصدر حكما بتحقيق الواقعة التى يزعم انقضاء الدين بها ، ولا يترتب البطلان اذا أغفل الحكم الصادر بالاحالة على التحقيـق السماح للخصم الآخر فى نفى مايثبته خصمه ، كما أن هذا الأغفـال لايسقط حقه فى اعلان شهود النفى وسماعهم • واذا أذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود ولم يمكن الخصم الآخر من نفيها بهذا الطريق كانت الاجراءات باطلة •

(مـادة ٥١)

للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالاثبات بشـهادة الشهود فى الأحوال التى يجيز القانون فيها الاثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة •

كما يكون لهـا فى جميع الأحوال ، كلما أمرت بالأثبات بشهادة الشهود أن تستدعى للشهادة من ترى لزوما لسماع شهادته اظهـارا للحقيقة •

(م ٧٠ اثبات مصرى وم ٤٩ اثبات سودانى و ٧٠ بينات سورى وقد اكتفت بالفقرة الأولى ، وانظر م ٦٠ ـ ١ اثبات سودانى) •

المذكرة الايضاحية :

هذا النص يتيح للقاضى استدعاء من يرى سماع شهادته اظهارا للحقيقة ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم توكيدا للدور الايجابى للقاضى ومنحه مزيدا من الفاعلية فى توجيه الدعوى فى احدى مراحلها الهامة حتى يتمكن من تحرى الحقيقة واستخلاصها نقية مما يغلفها من مسلك الخصوم حسبما تمليه عليهم مصـلحة كل منهم الخاصة فى الاثبات •

وفى أضيفت الفقرة الثانية فى قانون الاثبات المصرى الحالى اذ لم تكن فى قانون المرافعات القديم (م ١٩٠) وهى فى حقيقتها توضيح أكثر منها اضافة لأن الفقرة الأولى تتسع لمعنى الفقرة الثانية والفكرة هى تمكين القاضى من الهيمنة على الدعوى والوصـول الى الحقيقـة فيهـا غـير مقيد بمسلك الخصوم •

ويقصد بعبارة « فى جميع الأحوال » الواردة فى الفقرة الثانية من المادة أن يكون الأمر بالاثبات من المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم على حد سواء •

(مـادة ٥٢)

يجب أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالاثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور باثباتها والا كان باطلا ويبين كـذلك فى الحكم اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعـاد الذى يجب أن يتم فيه •

(م ٧١ اثبات مصرى و ٧١ بينات سورى وقد اقتصرت على وجوب بيان الوقائع والا كان باطلا وم ١٨٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقد اقتصرت أيضا على وجوب بيان الوقائع المراد اثباتها دون ذكـر للبطلان) •

المذكرة الايضاحية :

توجب هذه المـادة أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالاثبات بالشهود كل واقعة من الوقائع المطلوب اثباتها والا كان العمل باطلا وذلك لأن الاثبات بشهادة الشهود يقوم على ركنين : تعلق الوقائـع المراد اثباتها بالدعوى ، وكونها منتجة فيها • ومقتضى هذا أن تكـون تلك الوقائع مبينة بالدقة والضبط لينحصر فيها التحقيق وليعلم كل طرف ما هو مكلف باثباته أو بنفيه •

ولتفادى نوم القضية بسبب احالتها على التحقيق أوجبت هذه المادة أن يحدد الحكم الصادر به الجلسة التى يبدأ فيها والميعاد الذى يجب أن يتم فيه •

(مـادة ٥٣)

يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها ـ عند الاقتضاء ـ أن تندب أحد قضاتها لاجرائه •

(م ٧٢ اثبات مصرى وانظر من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية م١٧٤ و١٨٢ ، ١٨٣ و ١٨٤ و ١٨٨ و ١٩٠ ، وانظر م ٧٥ بينات سـورى وم ٥٨ ـ ١٢ اثبات سودانى) •

(مـادة ٥٤)

يستمر التحقيق الى أن يتم سماع جميع شهود الاثبات والنفى فى الميعاد ويجرى سماع شهود النفى فى الجلسة ذاتها التى سمع فيهـا شهود الاثبات الا اذا حال دون ذلك مانع •

واذا أجل التحقيق لجلسة أخرى كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور فى تلك الجلسة الا اذا أعفتهم المحكمة أو القاضى صراحه من الحضور .

(م ٧٣ اثبات مصرى) .

(مادة ٥٥)

اذا طلب أحد الخصوم خلال الميعاد المحدد للتحقيق مد الميعاد حكمت المحكمة أو القاضى المنتدب على الفور فى الطلب بقرار يثبت فى محضر الجلسة . واذا رفض القاضى مد الميعاد جاز التظلم الى المحكمة بناء على طلب شفوى يثبت فى محضر التحقيق وتحكم فيه المحكمة على وجه السرعة ، ولا يجوز الطعن بأى طريق فى قرار المحكمة .

ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضى المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة .

(م ٧٤ اثبات مصرى) .

(مادة ٥٦)

لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم .

(م ٧٥ اثبات مصرى) .

(مادة ٥٧)

اذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه بالحضور فى الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضى المنتدب الزامه باحضاره أو بتكليفه الحضور لجلسة أخرى ما دام الميعاد المحدد للتحقيق لم ينقض فاذا لم يفعل سقط الحق فى الاستشهاد به .

ولا يخل هذا بأى جزاء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير .

(م ٧٦ اثبات مصرى) .

(مادة ٥٨)

اذا رفض الشهود الحضور اجابة لدعوة الخصم أو المحكمة وجب على الخصم أو قلم الكتاب حسب الأحوال تكليفهم الحضور لأداء الشهادة قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة .

ويجوز فى أحوال الاستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد الحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو القاضى المنتدب .

(م ٧٧ اثبات مصرى وانظر م ١٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « اذا امتنع الشهود عن الحضور بمجرد طلب الخصم ذلك منهم وجب تكليفهم بالحضور على يد محضر أو أحد رجال الضبط بميعاد يوم واحد مقدما غير مواعيد المسافة المبينة بالمادة ٥٣ من هذه اللائحة . فاذا لم يحضر الشاهد لأداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور على الوجه المعتبر قانونا يحكم عليه بغرامة قدرها مائة قرش أميرى . واذا اقتضى الحال حضوره يكلف ثانيا بالحضور وعليه مصاريف ذلك التكليف ... » .

وم ٧٤ بينات سورى ونصها :

« ١ ـ اذا لم يحضر الشاهد لأداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور على الوجه المقرر فى القانون فللمحكمة أن تحكم عليه حكما مبرما بغرامة من خمس الى عشر ليرات سورية ، وأن تقرر احضاره جبرا .

٢ ـ اذا أثبت الشاهد أن تخلفه كان راجعا الى عذر مقبول جاز للمحكمة أن تعفيه من أداء الغرامة كلها أو بعضها .

و م ٦٣ اثبات سودانى ونصها :

« ١ ـ اذا كلف الشاهد بالحضور تكليفا صحيحا ولم يحضر جاز للمحكمة أن تأمر بضبطه واحضاره .

٢ ـ للمحكمة بدلا من اصدار أمر بضبط واحضار الشاهد أن تأمر باعادة تكليفه الحضور ولها فى هذه الحالة الحكم عليه بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات . ويثبت الحكم فى محضر الجلسة ولا يكون قابلا لأى طعن ولكن للمحكمة اقالة الشاهد من الغرامة اذا حضر وأبدى عذرا مقبولا ») .

(مادة ٥٩)

اذا كلف الشاهد الحضور تكليفا صحيحا ولم يحضر حكمت عليه المحكمة أو القاضى المنتدب بغرامة مقدارها مائتا قرشا ويثبت الحكم فى المحضر ولا يكون قابلا للطعن . وفى أحوال الاستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضى أمرا باحضار الشاهد .

وفى غير هذه الأحوال يؤمر باعادة تكليف الشاهد الحضور اذا كان لذلك مقتض وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف . فاذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة ويجوز للمحكمة أو القاضى اصدار أمر آخر باحضاره .

(م ٧٨ اثبات مصرى وانظر م ١٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقد سبق ايراد نصها تحت المادة السابقة و م ٧٤ بينات سورى) .

(مادة ٦٠)

يجوز للمحكمة أو القاضى المنتدب اقالة الشاهد من الغرامة اذا حضر وأبدى عذرا مقبولا .

(م ٧٩ اثبات مصرى و ١٧٣ ـ ٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٧٤ ـ ٢ بينات سورى و م ٦٣ اثبات سودانى) .

(مـادة ٦١)

اذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانونى من أداء اليمين أو من الاجابة حكم عليه طبقا للأوضاع المتقدمة بغرامة لاتجاوز عشرة جنيهات

(م ٨٠ اثبات مصرى و١٧٣ ـ ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٧٨ بينات سورى و ٦٤ اثبات سودانى) .

(مـادة ٦٢)

اذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز أن ينتقل اليه القاضى المنتدب لسماع أقواله فاذا كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضاتها لذلك ، ويدعى الخصوم لحضور تادية هذه الشهادة ويحرر محضر بها يوقعه القاضى المنتدب والكاتب .

(م ٨١ اثبات مصرى و ١٩٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٧٥ بينات سورى و ٦٥ اثبات سودانى وفيها اضافة : « ويمنح من لم يحضر منهم (من الخصوم) فرصة مناقشة أقوال الشاهد . (٢) للخصوم أن يقدموا الى المحكمة مذكرات مكتوبة عن الوقائع التى يرغبون فى سؤال الشاهد فيها اذا فوضت محكمة أخرى فى سؤاله» .

ونص فى المادة ١٨٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية « للمشهود عليه أن يبين للقاضى ما يخل بشهادة الشاهد شرعا وكذلك له أن يوجه الى الشهود بواسطة رئيس الجلسة الأسئلة التى يرى لزوم سؤالهم عنها وعلى الرئيس أن يوجه تلك الأسئلة الا اذا رأت المحكمة أنها غير مفيدة فتقرر رفضها مع تدوين ذلك كله بالمحضر ») .

(مـادة ٦٣)

لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأى سبب آخر .

(م ٨٢ اثبات مصرى و ٥٤ اثبات سودانى مع التعبير بالاعتراض بدلا من الرد ففيها « لايجوز الاعتراض على سماع الشاهد ... ») .

المذكرة الايضاحية :

رؤى عدم الأخذ فى المشروع برد الشاهد للقرابة مهما بلغت درجتها الا فى الحالات المبينة بالمادة وتقدير ما اذا كان الشاهد قادرا على التمييز أم لا متروك للمحكمة .

(مـادة ٦٤)

من لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة اذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالاشارة .

(م ٨٣ اثبات مصرى و ٨٣ بينات سورى وعجز ٥٨ ـ ٢ اثبات سودانى) .

(مـادة ٦٥)

يؤدى كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقى الشهود الذين لم تسمع شهادتهم .

(م ٨٤ اثبات مصرى وصدر م١٧٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وصدر م ٧٧ بينات سورى و ٥٨ ـ ١ اثبات سودانى) .

(مـادة ٦٦)

على الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها ان كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم ويبين كذلك ان كان يعمل عند أحدهم .

(م ٨٥ اثبات مصرى و م ١٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٧٧ ـ ١ بينات سورى و ٥٦ اثبات سودانى) .

(مـادة ٦٧)

يحلف الشاهد بأن يقول الحق كل الحق ولا شىء غير الحق قبل أداء شهادته والا كانت باطلة ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته ان طلب ذلك .

ولا يشترط شكل خاص فى أداء الشهادة ولا فى قبولها .

ويكفى تعيين المشهود به تعيينا نافيا للجهالة .

(م ٤٩٣ مدنى عراقى وتقابل م ١٦٨٤ و ١٦٨٩ من المجلة وم ٨٦ اثبات مصرى و ١٧٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « .. وبعد أن يحلفه اليمين الشرعية ولايشترط فى شهادة الاستكشاف تحليف اليمين بل يكفى فيها مجرد الاخبار عمن يوثق به » و ٧٧ ـ ٣ بينات سورى : « ويجب أن يؤدى الشاهد قبل الادلاء بالشهادة يمينا بأن يقول الحق ويستثنى من ذلك من تسمع شهادتهم على سبيل الاستئناس وفقا لأحكام المادة ٥٩ » اثبات سودانى ونصها : « يجب على الشاهد قبل أن يدلى بأقواله أن يحلف يمينا أو أن يعلن صادقا بأن يقول الحق كل الحق ولا شىء غير الحق ، ويكون الحلف على حسب أوضاع الخاصة بديانته ان طلب ذلك) .

المذكرة الايضاحية :

هل يشترط تحليف الشهود ؟ اختلف الفقهاء فى اشتراط اداء الشاهد اليمين الشرعية قبل أداء شهادته ، فمنهم من يرى جواز ذلك وقيل لا. وقيل يجوز عند التهمة. وقد اختارت المجلة العدلية تحليف الشاهد بشرطين أولهما الحاح المدعى عليه على القاضى بتحليف الشاهد والثانى أن يكون هناك داع لتقوية الشهادة باليمين ونص المادة ١٧٢٧ منها كما يلى :

« اذا ألح المشهود عليه على الحاكم بتحليف الشهود بأنهم لم يكونوا فى شهادتهم كاذبين وكان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين فللحاكم أن يحلف الشهود وله أن يقول لهم : ان حلفتم قبلت شهادتكم والا فلا » .

وقد نصت المادة ١٧٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية انه « متى حضر الشهود بين يدى القاضى سمع شهادة كل منهم على انفراد بعد أن يسأله عن اسمه ولقبه وصنعته (يريد صناعته) أو وظيفته ومحله ونسبه وجهة اتصاله بالخصوم بالقرابة أو الاستخدام أو غيرها وبعد أن يحلفه اليمين الشرعية . ولا يشترط فى شهادة الاستكشاف تحليف اليمين بل يكفى فيها مجرد الاخبار ممن يوثق به » والمقصود بشهادة الاستكشاف أو الاستفسار الشهادة التى هى من قبيل الاخبار المحض كاقوال أهل الخبرة والمخبرين بيسار الزوج لتقدير النفقة عليه لزوجته وأجرة الحضانة والرضاع والمسكن ولا يشترط فيها لفظ « اشهد » اذ كل ذلك من قبيل الاعلام واظهار الحال واعانة القاضى .

(أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣١٣ و٣١٤ — ٣١٦ . وانظر المادة ١٧٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

وقد نص فى المادة ٨٦ من قانون الاثبات المصرى (م ٢١٢ مرافعات قديم) أنه : « على الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق ولا يقول الا الحق والا كانت شهادته باطلة . ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته ان طلب ذلك » .

ونص فى المادة ٥٧ من قانون الاثبات السودانى أنه « يجب على الشاهد قبل أن يدلى باقواله أن يحلف يمينا أو أن يعلن صادقا بأن يقول الحق كل الحق ولا شىء غير الحق ، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته ان طلب ذلك » .

ونص فى المادة ٧٧ — ٣ من قانون البينات السورى : « ويجب أن يؤدى الشاهد قبل الأداء بالشهادة يمينا بان يقول الحق ويستثنى من ذلك من تسمع شهادتهم على سبيل الاستئناس وفقا لأحكام المادة ٥٩ » .

وتكون صيغة اليمين هى : « أحلف بالله بأن أشهد الحق » أو « أحلف بأن أقول الحق كله ولا أقول غير الحق » وكلمة « أحلف » تعنى الحلف بالله . وللقاضى أن يطلب من الشاهد ذكر لفظ الجلالة فى صيغة الحلف (اليمين) وللقاضى أن يغلظ الشهادة باللفظ والمكان والزمان كأن يذكر أوصاف الله الداعية لتخويف الشاهد كأن يقول « أحلف بالله الذى لا اله الا هو المنتقم الجبار » .

(راجع الشوكانى ، نيل الأوطار ، جزء ٨ ص ٢٥٧) .

(مادة ٦٨)

يكون توجيه الأسئلة الى الشاهد من المحكمة أو القاضى المنتدب .

ويجيب الشاهد أولا عن أسئلة الخصم الذى استشهد به ثم عن أسئلة الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة .

(م ٨٧ اثبات مصرى و ١٨٢ — ١٨٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٧٩ — ٢ و ٨٠ بينات سورى و ٥٩ — ١ اثبات سودانى) .

(مادة ٦٩)

اذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له ابداء أسئلة جديدة الا باذن المحكمة أو القاضى .

(٨٨ اثبات مصرى و ٥٩ — ٢ اثبات سودانى) .

(مادة ٧٠)

لرئيس الجلسة أو لأى من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة مايراه من الأسئلة مفيدا فى كشف الحقيقة .

(م ٨٩ اثبات مصرى و ١٧٦ و ١٨٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٧٩ — ٢ بينات سورى : « وللرئيس من تلقاء نفسه أوبناء على طلب قضاة المحكمة أو الخصم أن يوجه الى الشاهد ما يرى من أسئلة وله أن يواجهه بشهود آخرين » و ٥٩ — ٣ اثبات سودانى) .

(مادة ٧١)

تؤدى الشهادة شفاها ولا يجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة الا باذن المحكمة أو القاضى المنتدب وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى .

(م ٩٠ اثبات مصرى و ٨٢ بينات سورى و ٥٨ — ٢ و ٣ اثبات سودانى) .

(مادة ٧٢)

تثبت اجابات الشهود فى المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها واذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه فى المحضر .

(م ٩١ اثبات مصرى و ١٨٨ — ١٨٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٨٤ — ١ بينات سورى ونصها : « تثبت اجابات الشاهد فى محضر الجلسة بصيغة المتكلم دون تغيير فيها ثم تتلى هذه الأقوال على من صدرت عنه وله أن يدخل عليها ما يرى من تعديل ويذكر التعديل عقب نص الشهادة » و ٦١ اثبات سودانى ونصها : « تثبت اجابات الشهود فى المحضر وتتلى بناء على طلب الشاهد أو أحد الخصوم » .

(مادة ٧٣)

١ ـ للمحكمة ، اذا طلب الخصم تكليف شاهد الحضور لتادية الشهادة ، أن تامره بان يودع خزانة المحكمة ما تقدره المحكمة للوفاء بمصروفات ذلك الشاهد قبل أن تامر بتكليفه الحضور .

٢ ـ وتقدر المحكمة مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بناء على طلبهم ويتقاضون ما يقدر لهم من المبلغ الذى أودع خزانة المحكمة وفقا للفقرة السابقة .

٣ ـ ويعفى الخصم من ايداع المبلغ المتقدم بيانه فى الفقرة الأولى اذا تعهد بأن يحضر الشهود بنفسه .

(م ٩٢ اثبات مصرى ونصها : « تقدر مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بناء على طلبهم ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذى استدعاه » و ٨٥ بينات سورى « تقدر المحكمة نفقات الشهود بناء على طلبهم ويتقاضون ما يقدر لهم من المبلغ الذى أودع لحساب النفقات » وانظر م ٦٩ بينات سورى ونصها : « ١ ـ اذا رأت المحكمة أن الوقائع المطلوب اثباتها منتجة وجائز اثباتها بشهادة الشهود قررت استماعهم وعينت المبلغ الذى يجب على طالب الاثبات ايداعه فى ديوان المحكمة لحساب نفقات الشهود ٢ ـ ويعفى الخصم من ايداع المبلغ المتقدم ذكره اذا تعهد بأن يحضر الشهود بنفسه » و ٦٢ اثبات سودانى ونصها (١) للمحكمة اذا طلب الخصم تكليف شاهد الحضور لتادية الشهادة أن تامره بان يودع خزانة المحكمة ما يكفى للوفاء بمصروفات ذلك الشاهد قبل أن تامر بتكليفه الحضور . (٢) تقدر المحكمة مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم لمن يطلبها منهم وتلزم بها الخصم الذى استدعى الشاهد .

المذكرة الايضاحية :

رئى النص على أن المحكمة تقدر بادىء ذى بدء نفقات الشهود ومقابل تعطيلهم وتأمر من طلب تكليفهم بالشهادة بأن يودع خزانة المحكمة المبلغ الكافى لأداء هذه النفقات وذلك تشجيعا للشهود على الحضور لأداء الشهادة وتيسيرا لهم فى صرف هذه النفقات وقد ترك للمحكمة أيضا تقدير نفقات الشهود ومقابل تعطيلهم حسب الأحوال وذلك أسوة بالخبراء (انظر المادة ١٥٥ من هذا المشروع) .

وقد أخذ هذا الحكم من قانون البينات السورى وقانون الاثبات السودانى .

(مادة ٧٤)

يشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية :

(أ) يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وانتهائه مع بيان الجلسات التى استغرقها .

(ب) أسماء الخصوم والقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وطلباتهم .

(ج) أسماء الشهود والقابهم وصناعاتهم وموطن كل منهم وذكر حضورهم أو غيابهم وما صدر بشانهم من الأوامر .

(د) ما يبديه الشهود وذكر تحليفهم اليمين .

(هـ) الأسئلة الموجهة اليهم ومن تولى توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص اجابة الشاهد عن كل سؤال .

(و) توقيع الشاهد على اجابته بعد اثبات تلاوتها وملاحظاته عليها .

(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد اذا كان قد طلب ذلك .

(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضى المنتدب والكاتب .

(م ٩٣ اثبات مصرى و ٦١ اثبات سودانى و ٧٦ ـ ٢ بينات سورى و ١٧٤ و ١٨٣ و ١٨٧ و ١٨٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

(مادة ٧٥)

اذا لم يحصل التحقيق أمام المحكمة أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد تمت فى نفس الجلسة التى سمع فيها الشهود كان للخصوم الحق فى الاطلاع على محضر التحقيق .

(م ٩٤ اثبات مصرى وأنظر م ٧٧ ـ ٢ بينات سورى) .

(مادة ٧٦)

بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لاتمامه يعين القاضى المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم الكتاب باخبار الخصم الغائب .

(م ٩٥ اثبات مصرى) .

(مادة ٧٧)

اذا لم توافق الشهادة الدعوى أو لم تتوافق أقوال الشهود مع بعض أخذت المحكمة من الشهادة بالقدر الذى تقتنع بصحته فى حدود موافقة الشهادة للدعوى بعد تكامل نصاب الشهادة .

(م ٥٠١ عراقى ، وأنظر المواد من ١٧٠٦ الى ١٧١٥ من المجلة ، وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٣٦٤ وما بعدها) .

(مادة ٧٨)

يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد امام القضاء ويحتمل عرضه عليه أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد .

ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة الى قاضى الأمور المستعجلة وتكون مصروفاته كلها على من طلبه وعند تحقق الضرورة يحكم القاضى بسماع الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز اثباته بشهادة الشهود .

(م ٩٦ اثبات مصرى و ٨٦ بينات سورى ما عدا عبارة « وعند تحقق الضرورة .... الخ » .

(مادة ٧٩)

لايجوز فى هذه الحالة تسليم صورة من محضر التحقيق ولا تقديمه الى القضاء الا اذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز اثبات الواقعة بشهادة الشهود . ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب سماع شهود نفى لصلحته .

(م ٩٧ اثبات مصرى و ٨٧ بينات سورى) .

(مادة ٨٠)

تتبع فى هذا التحقيق القواعد المتقدمة عدا مانص عليه فى المواد ٥١ و٥٤ و٥٥ و٥٦ و٧٦ من هذا القانون .

(م ٩٨ اثبات مصرى و ٨٨ بينات سورى وليس فيها عدا .. الخ) .

الباب الرابع

الكتابة

أجاز المشروع الاثبات بالكتابة استنادا الى الكتاب والسنة والاجماع والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى فى سورة البقرة (الآية ٢٨٢) :

« يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ... ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى الا ترتابوا الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح الا تكتبوها ، وأشهدوا اذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شىء عليم . وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة فان أمن بعضهم بعضا فليؤد الذى أؤتمن امانته وليتق الله ربه ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه والله بما تعملون عليم » .

وأما السنة فأمره صلى الله عليه وسلم بكتب المصالحة بينه وبين قريش ومنها كتب الأمانات وفى الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ما حق أمرىء مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » فلو لم يجر الاعتماد على الخط لم يكن لكتابة الوصية فائدة .

وأما الاجماع فقد حكى الامام الرازى فى « المحصول » اجماع الصحابة على العمل بالخط . وأما بعد الصحابة فيدل عليه اجماعهم العقلى على الاحتجاج بذلك والعمل به فى معاملاتهم .

(أنظر المادة ١٦٠٦ وما بعدها من المجلة) .

واما المعقول فلان الكتابة تحمل فى الغالب اما الاقرار أو الشهادة أوهما معا وثابت أن كلا منهما طريق شرعى من طرق القضاء .

(أنظر المادة ١٦٠٦ ومابعدها من المجلة) .

٢ ــ وقد اعتبرت المجلة الكتابة طريقا من طرق الأثبات (راجع فيها المواد ١٦٠٦ ــ ١٦١٢ و ١٧٣٦ ــ ١٧٣٩) وكذا لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى مصر الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ (راجع فيها المواد من ١٣٠ الى ١٧١) ورغم أن هذه اللائحة لم تذكر الكتابة من ضمن الأدلة الواردة فى المادة ١٢٣ منها وصدرت كلامها فى الأدلة الخطية على أن الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان مما يفيد اعتبار الكتابة نوعا من الاقرار الا انها فى المادة ١٣٤ منها اعتبرت الأوراق الرسمية حجة على أى شخص كان أى سواء كان موقعا عليها أو غير موقع عليها مما لا يلزم معه دائما اعتبارها اقرارا بل طريقا مستقلا فى بعض الأحيان .

٣ ــ وقد استعمل ولى الأمر سلطته الشرعية فى تنظيم هذا الطريق من طرق الاثبات وجعل الأوراق تنقسم من حيث قوتها فى الاثبات الى قسمين : الأوراق الرسمية والأوراق غير الرسمية . وتستند هذه التفرقة وأحكام كل ، الى سلطة ولى الأمر فى تقدير ما يوحى به كل من النوعين من ثقة .

٤ ــ والمواد التالية ومذكراتها الايضاحية منقولة عن القانون المدنى المصرى وقانون الاثبات المصرى . ولم تخرج أحكام هذه المواد فى الجملة عما ورد فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمجلة والقوانين العربية الأخرى فى شأن الاثبات بالكتابة وان كانت أكثر تفصيلا . وقد اختير هذا المسلك حرصا على استقرار التعامل فيما يوافق الشريعة الاسلامية .

الفصل الأول

المحررات الرسمية

(مادة ٨١)

١ ـ المحررات الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ماتلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه ٠

٢ ـ فاذا لم تكسب هذه المحررات صفة الرسمية ، فلا يكون لها الا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو باختامهم أو ببصمات أصابعهم ٠

(م ٣٩٠ مدنى مصرى و ١٠ اثبات مصرى و ١٤ اثبات سودانى و ٥ سورى و ١٧٣٧ و ١٧٣٨ و ١٧٣٩ من المجلة وم ١٣١ و ١٣٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) ٠

المذكرة الايضاحية :

تتناول الفقرة الأولى من المادة بيان الشرطين الواجب توافرهما فى المحرر الرسمى ٠ ويراعى أن هذين الشرطين هما قوام ما شرع القانون من ضمانات ، هى مرجع ما يتوافر لذلك المحرر من حجية بالغة فى الاثبات ، وعلة ايكال أمرها الى موظف عام ، يثبت له القانون سلطة واختصاصا فى هذا الشأن ، سواء من الناحية النوعية أم من الناحية المكانية ٠

والواقع أن ما يولى القانون من سلطة خاصة للموظف العام ، هو عماد ما يتوافر للمحرر الرسمى من قوة فى الاثبات ، وهو بذاته مناط العلة من هذه القوة بيد أنه لم ير من العدل حرمان المتعاقدين من الاستناد الى الورقة ، اذا كانوا قد عهدوا بأمرها الى موظف ليست له سلطة توثيقها بالنسبة الى المكان ، متى كانوا قد اعتقدوا خلاف ذلك ، بناء على سبب مشروع ٠ على أن مثل هذه الورقة لا يكون لها الا قيمة ورقة عرفية ٠

ويشترط لتطبيق هذه الفقرة :

(أ) أن تكون ثمة ورقة تلقاها موظف عام له سلطة توثيقها بالنسبة الى طبيعتها (الاختصاص النوعى) ٠

(ب) وأن يكون ذوو الشأن جميعا قد وقعوا على هذه الورقة بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم ٠ على أن هذا الحكم ليس الا استثناء من القواعد العامة ، ولذلك ينبغى تفادى التوسع فى تفسيره ٠ فهو لا ينطبق حيث يكون الموظف العام غير مختص بالنسبة الى طبيعة المحرر كما لو وثق أحد المأذونين عقد بيع ، أو حيث يكون هذا الموظف قد أغفل التوقيع على المحرر لأنه يكون خلوا ، فى هذه الحالة ، مما يثبت أنه تلقاه ، أو حيث يكون أحد المتعاقدين قد أغفل التوقيع على المحرر بامضائه ، أو ختمه ، أو ببصمته ٠ وهو لا ينطبق كذلك اذا كان الموظف العام قد تدخل بوصفه طرفا فى التعاقد ، اذ ليس من المقبول أن يتولى الموظف العام ضبط محرر رسمى لنفسه ، وليس للمتعاقدين فى هذه الحالة أن يعتقدوا اعتقادا مشروعا فى رسميه هذا المحرر ٠

(مادة ٨٢)

المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا ٠

(م ٣٩١ مدنى مصرى و١١ اثبات مصرى و١٥ سودانى و٦ سورى ، ومن المجلة المواد ١٧٣٧ و ١٧٣٨ و ١٧٣٩ ومن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية م ١٣٣ و ١٣٤ و ١٣٨) ٠

المذكرة الايضاحية :

١ ـ تعرض هذه المادة لتنظيم حجية المحرر الرسمى ٠ والجوهرى فى هذا الصدد أن المحرر الرسمى يكون حجة بكل ما يلحق به وصف الرسمية فيها ، دون حاجة الى الاقرار بها ، على نقيض المحرر العرفى فهو لا يكون حجة بما فيه قبل الاقرار به ٠ ويعتبر المحرر الرسمى حجة لا بالنسبة الى المتعاقدين وحدهم ، بل بالنسبة الى الغير كذلك ، شأنه من هذا الوجه شأن المحرر العرفى فيما عدا التاريخ ٠ وقد نص التقنين المراكشى (م ٤١٩) والتقنين المصرى القديم (م ٢٢٦) والحالى (م٣٩١) صراحة على هذا الحكم ، وتبعها المشروع فى ذلك ٠

أما من حيث قوة الاثبات ، فتعتبر المحررات الرسمية حجة ما لم يتبين تزويرها أو لم يقم الدليل على خلال ما هو ثابت فيها ٠

ويراعى أن الطعن بالتزوير هو طريق خاص لاثبات العكس فى المحررات الرسمية علته ما يولى القانون من ثقة لصحة الاقرارات الصادرة فى حضور الموظف العام وصحة ما يتولى اثباته من البيانات التى تدخل فى حدود مهمته ٠ فاذا اقتضت مصلحة أحد من ذوى الشأن أن يقيم الدليل على عكس بيان من البيانات التى يلحق بها وصف الرسمية ، تعين عليه أن يلجأ الى طريق الطعن بالتزوير ٠

وقد تكفل النص بتحديد هذه البيانات فقصرها على الأمور التى يثبتها الموظف العام فى حدود مهمته ،أوالتى تصدر من ذوى الشأن فى حضوره وهى بهذا الوصف تتضمن :

(أ) ما يثبت الموظف العام من وقائع أو أمور ، باعتبار أنه تولى ضبطها بنفسه ومن قبيل هذه الوقائع أو الأمور : التاريخ ويعتبر ثابتا من يوم تلقى الورقة ، وقبل قيدها فى السجل

المعد لذلك ، وبيان مكان تلقى الورقة ، والكتابة ، وتوقيع ذوى الشأن ، وتوقيع الموثق ، والبيانات المتعلقة باتمام الاجراءات التى يتطلبها القانون ٠

(ب) ما يصدر من ذوى الشأن فى حضور الموظف ويدرك بالحس ، من طريق الاتصال بالسمع أو الوقوع تحت البصر ، كالاقرارات أو وقائع التسليم ٠ويراعى أن الموظف العام يثبت واقعة الادلاء بهذه الاقرارات ، دون أن يمس ذلك صحتها ، فلو أقر أحد المتعاقدين أنه باع وأقر الآخر أنه أدى الثمن ، أثبت الموثق هذين الاقرارين ، وكان اثباته لهما دليلا على الادلاء بهما ، لا على صحة الوقائع التى تنطوى فيهما ٠

ويشترط أن تكون الوقائع أو الأمور المتقدم ذكرهما ، مما يدخل فى حدود مهمة الموثق ، لأن الحاق صفة الرسمية بما يثبت الموظف العام فى المحرر مشروط باقتصاره على هذه الحدود كما رسمها نص القانون ، فان جاوزها انقطعت عنه الولاية ، وسقطت تبعا لذلك قيمة ما يتولى اثباته على هذا الوجه ٠ فلو أثبت الموثق أن المتعاقد متمتع بقواه العقلية مثــلا فلا يكون لاثبات هذه الواقعة أثر فى امكان الاحتجاج بها ، لأن اثباتها ليس مما يدخل فى مهمة من يتولى التوثيق ٠

٢ ـ وتكون اقرارات ذوى الشأن حجة على الكافة مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا ٠ ويلاحظ أنه ينبغى عدم الخلط بين اثبات حصول التصرف أمام الموظف وبين صحة هذا التصرف فى ذاته ٠ فاذا قرر ذوو الشأن أمام الموظف أن أحدهما باع وأن الآخر اشترى ، فالمحرر الرسمى يعتبر حجة على صدور هذين الاقرارين ، واثبات الموظف لهما ، بعد أن اتصــلا بسمعه ، الى أن يقضى فيه بالتزوير : أما حقيقــة هذين الاقرارين فى ذاتهما ، من حيث مبلغ مطابقتهما للواقع ، فلا حيلة للموثق فى العلم بها واثباتها ، لأنها ليست مما يقع تحت حسه ٠

ومؤدى هذا أن مجرد اثبات اقرار من الاقرارات فى محرر رسمى لا يستتبع امكان الاحتجاج بصحته الذاتية ، الى أن يقضى فى هذا المحرر بالتزوير ٠ على أن مثل هذا الاقرار يعتبر صحيحا الى أن يثبت العكس، تفريعا على أن الأصل فى الاقرارات أن تكون صحيحة ، أما الصورية فهى استثناء يتعين على من يتمسك به أن يقيم الدليل عليه وفقا للقواعد العامة فى الاثبات ٠

وغنى عن البيان أن من واجب القاضى أن يحترم المحرر الرسمى وأن يكفل نفاذه ٠

ولم ير محل لايراد نص خاص بشأن الأمر بوقف تنفيذ المحرر الرسمى الذى يطعن فيه بالتزوير بصفة أصلية أو فرعية ، وبيان الهيئة المختصة باصدار هذا الأمر ٠ ذلك أن مثل هذا النص يتعلق بقواعد الاجراءات فمكانه الطبيعى تقنين المرافعات المدنية والتجارية فى باب التنفيذ لا قانون الاثبات ٠

(مــادة ٨٣)

١ ـ اذا كان أصل المحرر الرسمى موجودا فان صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون فيه مطابقة للأصل ٠

٢ ـ وتعتبر الصــورة مطابقة للاصــل ، ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين ٠ وفى هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل ٠

(م ٣٩٢ مدنى مصرى و ١٢ اثبات مصرى و ١٦ ـ ١و٢ سودانى و٧ سورى) ٠

المذكرة الايضاحية :

١ ـ الصــورة بوجه عام هى نسخة حرفية تنقل عن أصل ورقة من الأوراق ، وتكون خلوا من التوقيع ٠ ولما كان الأصل من ورقة عرفية هو النسخة التى يوقع عليها ذوو الشأن ، وتتوافر لها حجيتها فى الاثبات تأسيسا على هذا التوقيع ، متى كانت نسبتها الى الموقعين غير منكورة ، لذلك لم يجعل القانون لصور الأوراق العرفية أى حجة فى الاثبــات اذ ليس ثمة ضمان يكفل الجزم بعدم تزوير أصولها ٠

ويخرج بداهة من نطاق تطبيق النصــوص الواردة فى شــأن الصور جميع المحررات التى لا تحمل توقيعا ، وان كانت تعتبر من ضروب الأدلة الكتابية (كدفاتر التجار ، والأوراق العائلية ، وتأشيرات الدائن على سند الدين) ٠

٢ ـ ويقتضى تعيين ما لصور الأوراق الرسمية من حجية فى الاثبات وجوب التفرقة بين حالة وجود الأصل ، وحالة فقد هذا الأصل ٠ويعرض هــذا النص لحكم الحالة الأولى ٠ أمــا الحالة الثانية فيعرض لها النص التالى :

ويراعى أن النص سوى فى الحكم بين الصور الشمسية (الفوتوغرافية) والصور الخطية ازاء شيوع الركون الى طريقة التصوير الشمسى بالنسبة للأوراق الرسمية فى مصر ٠

والأصل فى حجية الورقة الرسمية أن تكون مقصورة على نسختها الأصــلية ويتفرع على ذلك أن الصــور الخطية أو الشمسية والصور التنفيذية والصور الأولى ، لا تكون بذاتها حجة فى الاثبات، مع أن موظفا عاما يستوثق من مطابقتها للأصل ٠ ولهذه العلة ذكر النص على وجه التحديد أن الصــور « تكون حجة بالقدر الذى يعترف فيه بمطابقتهــا للأصل » مع مراعاة القيد الآتى :

فلذى الشأن من الطرفين أن يطلب مراجعة الصورة على الأصل ، فى مواجهة الطرف الآخر ، ومؤدى هــذا أن مجرد انكار مطابقة الصــورة للأصل ، يكفى للالزام بتقديم الأصــل ، ولو لم يكن هذا الانكار معززا بدليل بيد أن العمل جرى على الاعتداد بحجية الصور الخطية والشمسية ، واعتبارها مطابقة للأصل ، متى انتفت كل شبهة فى حقيقة هذه المطابقة ٠

فليست قيمة هذه الصور فى الاثبات بموقوتة أو مغياة بمجرد المنازعة فى مطابقتها • على أن هذا المشروع قصد الى تلافى استغلال مجرد الانكار فى اطالة أمد الخصومات واللدد فيها ، فنص على مراجعة الصورة على الأصل وللقاضى فى هذه الحال سلطة تقدير جدية الانكار ، دون أن يخل ذلك بواجبه فى الاعتداد بحق من يحتج عليه بالصورة الشمسية أو الخطية فى المطالبة بتقديم الأصل فاذا انتفى كل شك فى أن الانكار لا يقصد منه غير اطالة أمد النزاع كان للقاضى ألا يأمر باستحضار الأصل• وليس شك فى أن من الأنسب تخويل القاضى سلطة التقدير فى هذا الشأن ولا سيما أن شيوع طريقة التصوير الشمسى يقضى على كثير من أسباب الخطأ فى الصور التى تنقل بالخط أو بالآلة الكاتبة •

(مادة ٨٤)

اذا لم يوجد أصل المحرر الرسمى ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتى :

(أ) يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل •

(ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ، ولكن يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التى أخذت منها •

(ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية ، فلا يعتد به الا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف •

(م ٣٩٣ مدنى مصرى و ١٣ اثبات مصرى و ٨ سورى) •

المذكرة الايضاحية :

١ — يعرض هذا النص لحالة فقد أصل الورقة • وفى هذه الحالة يقع على من يتمسك بالصور الخطية أو الشمسية عبء اقامة الدليل على فقد الأصل • فاذا وفق الى تحصيل هذا الدليل ثبتت للصورة ، استثناء من أحكام القواعد العامة ، حجية على التفصيل الآتى :

(أ) يكون للصور التنفيذية والصور الأولىحجية الأصل ، اذا صدرت هذه أو تلك من موظف عام مختص ، وكان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها لأصلها •

(ب) ويكون للصور الخطية أو الشمسية المأخوذة من الصور التنفيذية ، أو الصور الأولى ، ذات الحجية اذا صدرت من موظف عام مختص • وفى هذه الحالة يجوز للطرفين أن يطلبا احضار الصور التنفيذية أو الصور الأولى ، كما يجوز للقاضى أن يأمر باحضارها •

٢ — اما ما يؤخذ بعد ذلك من الصور الخطية أو الشمسية ، فيكون للقاضى سلطة تقديره « تبعا للظروف » وتقتصر قيمته على مجرد الاستئناس • وبعبارة أخرى يكون للقاضى أن يعتد بهذه الصور ، ولكن باعتبارها مجرد قرائن فحسب • أما المقتطفات (المستخرجات) والصور الجزئية فللقاضى سلطة تقديرها • وغنى عن البيان أن هذه المقتطفات والصور تقتصر قيمتها على الشق الذى ينقل فيها عن الأصل •

الفصل الثانى

المحررات العرفية

(مادة ٨٥)

يعتبر المحرر العرفى صادرا ممن وقعه مالم ينكر صراحة ماهو منسوب اليه من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة •

أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الانكار ، ويكفى أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق •

ومن احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه ، لا يقبل منه انكار الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع •

(م ٣٩٤ مدنى مصرى ماعدا الفقرة الاخيرة و ١٤ أثبات مصرى وم ١٦٠٩ — ١٦١١ و ١٧٣٦ من المجلة وم ١٣٥ و ١٣٦ وم ١٣٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) •

المذكرة الايضاحية :

١ — تقرر الفقرة الأولى من هذه المادة أن سكوت ذوى الشان يعتبر فى الأصل اقرارا ، لأن من واجب من لا يريد الاعتراف بالمحرر « أن ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو امضاء » فاذا أبى ذو الشان أن يعترف بنسبة الخط أو الامضاء اليه أو أن ينكر هذه النسبة ، فيتعين اعتبار المحرر العرفى قد اعترف به حكما •

وغنى عن البيان أن الاقرار أو السكوت الذى يعدل الاقرار ، لا يتعلق الا بالتوقيع أو الخط ، وأن هذا الاقرار ، صريحا كان أو ضمنيا ، لا يؤثر باى حال ، فى أوجه الدفع الشكلية أو الموضوعية التى يكون لمن اعترف بالمحرر العرفى فى غير تحفظ أن يتمسك به •

واذا كانت الفقرة الأولى من هذه المادة تلزم من يحتج عليه بورقة عرفية بأن ينكر صراحة الخط أو الامضاء والا اعتبر سكوته بمنزلة الاعتراف فآية ذلك أن التوقيع ينسب اليه ، ويتعين عليه ، تفريعا على هذا ، أن يدلى برأيه فى هذه النسبة • بيد أن مركز الورثة والخلفاء يختلف عن مركز المورث أو المستخلف نفسه ، لأن التوقيع ينسب اليه شخصيا دون أولئك وهؤلاء •

٢ — وهذا هو ما حدا بالمشروع الى أن يحد من نطاق القاعدة المقررة فى الفقرة التى تقدمت الاشارة اليها ، بمقتضى الحكم الوارد فى الفقرة الثانية ، فليس فى الوسع ازاء ما يفرق هذين المركزين ، الا أن يباح للوارث أو الخلف الاكتفاء بنفى علمه بأن الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة ، لمن تلقى عنه حقه ، دون أن يقف موقف الانكار صراحة ٠

ورؤى من الأنسب النص على وجوب تعزيز اقرار الوارث أو الخلف بيمين يؤديها ، درءا لما يحتمل من تعسف هــذا أو ذاك فى استعمال الرخصة المخولة له ٠

وقد آثر المشروع النص على أنه يكتفى من الوارث أو الخلف أن يقرر أنه لا يعلم أن الامضاء لمورثه ، دون أن يجتزىء من الوارث بنفى العلم بامضاء مورثه ٠ فاذا أنكرت نسبة الورقة العرفية صراحة أو نفى الوارث أو الخلف علمه بذلك ، زالت عنها مؤقتا قوتها فى الاثبات ، وتعين على من يريد التمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها ، باتباع الاجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط ٠ وقد جرى القضاء المصرى فى ظل القانون المدنى القديم على ذلك رغم خلو ذلك القانون من نص خاص فى هذا الشأن ٠

٣ — وقد أضيفت الفقرة الثالثة أخذا من قانون الاثبات المصرى ، ولم تكن فى القانون المدنى المصرى سدا لباب الكيد والمطل ذلك أن مناقشة موضوع المحرر يتعين لتكون جادة منتجة أن تكون وليدة الاطلاع على هذا المحرر ، وهو ما يمكن من التحقق من نسبة الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة لمن يشهد عليه المحرر اذ أن من اليسير على هذا الأخير بمجرد هذا الاطلاع التحقق من هذه النسبة ، فاذا لم ينكرها فور اطلاعها على المحرر وخاض فى مناقشة موضوعة فان ذلك منه انما يفيد تسليمه بصحة تلك النسبة فان عاد بعد ذلك الى انكارها، وقد سارت الدعوى شوطا بعيدا على أساس صحة المحرر ، فانما يكون ذلك منه استشعارا لضعف مركزه فى الدعوى واستغلالا لنصوص القانون فى نقــل عبء الاثبات الى المتمسك بالورقة ٠ ورغبة فى الكيد والمطل ، وهو ما لا يجوز تمكينه منه ٠ غير أن مناقشة موضــوع المحرر وان كانت تسقط حق الخصم فى انكار الخط أو الامضاء الا أنه ينبغى أن تجاوز هذا الحد فلا يسقط حق الخصم فى الطعن على المحرر بالتزوير من جهة صلبه أو توقيعه ٠

(مــادة ٨٦)

١ — لا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ٠ ويكون للمحرر تاريخ ثابت :

(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك ٠

(ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى محرر آخر ثابت التاريخ ٠

(جـ) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص ٠

(د) من يوم وفاة أحــد ممن لهــم على المحرر أثر معترف به من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه ، وبوجه عام

(هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن المحرر قد صدر قبل وقوعه ٠

٢ — ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المـادة على المخالصات ٠

(م ٣٩٥ مدنى مصرى و ١٥ اثبات مصرى و ١١ سورى و ١٣٧ و ١٣٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) ٠

المذكرة الايضاحية :

١ — الأصل فى المحرر العرفى أن يكون له حجية قبل الكافة ، فيما عدا التاريخ ، فلا تكون له حجية بالنسبة للغير الا أن يكون ثابتا ٠ ويتفرع على ذلك :

(أ) أن تاريخ المحرر العرفى يعتبر حجة فيمـا بين المتعاقدين حتى يثبت العكس ، شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون فى هذا المحرر من البيانات ٠

ويتعين على من يريد تحصـيل الدليل العكسى ، فى هذه الحالة أن يلتزم أحكام القواعد العامة فى ذلك ٠ ومؤدى هذا وجوب التقدم بدليل كتابى ، اذ لا يجوز نقض الثابت كتابة الا بالكتابة ٠

(ب) وأن هذا التاريخ لا يكون حجة بالنسبة للغير مالم تتوافر فيه ضمانات خاصة ، قوامها اثبـاته ، لكى يزول كل شك فى صحته ٠ وقد قصد من هذا الاستثناء الى حماية الغير من خطر تقديم التاريخ فى الأوراق العرفية ٠ ويترتب على ذلك :

أولا : أن هذه المـادة لا تطبق اذا كان الغير قد كفلت له الحمـاية بمقتضى نصوص خاصة ، كالنصوص المتعلقة باشتراط التسجيل أو التسليم فى تمليك المنقولات ، أو اذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمنا ، أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته للواقع ٠

ثانيا : أن أحكام هذه المـادة لاتنطبق الا على الغير ٠ ويقصد بذلك كل من لم يكن طرفا فى الورقة العرفيـة بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر ، متى تمسك قبل من يحتج بتاريخ هذه الورقة بحق يضار فيما لو ثبتت صحة هذا التاريخ فى مواجهته ٠ ويستخلص من ذلك أن هــذه الأحكام لاتطبق على من يكون بشخصه أو بنائبه طرفا فى المحرر العرفى ٠ ولا على من يخلف هذا أو ذاك خلافة عامة من طـريق الميراث أو الوصية ٠ ولا على الدائنين عنـد مباشرتهم لدعاوى مدينهم (الدعوى غير المباشرة) وليس لهؤلاء فى الحقوق أكثرمما لهذا المدين٠

٢ ـ أما وسائل اثبات التاريخ فقد وردت على سبيل الحصر تيسيرا لتثبت الغير من ذلك ودفعا لتحكم القضاء ٠

٣ ـ ومع ذلك فللقاضى تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات وقد سبق أن أشار البعض بوجوب استثناء المخالصات من أحكام ثبوت التاريخ بمقتضى نص خاص ، استنادا الى ما جرى عليه القضاء ٠ وقد أقر القضاء من عهد بعيد عرف التعامل فى عدم اشتراط قيد المخالصات اقتصادا للنفقات ٠ بيد أن نطاق هذا العرف يتناول المخالصات العادية فحسب ، دون المخالصات التى ترتب حقا فى الحلول ٠ ولذلك احتاط المشروع فجعل للقاضى سلطة تقدير يعتد فى اعمالها بما يعرض من ظروف ٠

(مادة ٨٧)

١ ـ تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفى من حيث الاثبات ٠

٢ ـ وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا اذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها ٠ وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك ٠

٣ ـ واذا أعدم أصل البرقية فلايعتد بالبرقية الالمجرد الاستئناس٠

(م ٣٩٦ مدنى مصرى و١٦ اثبات مصرى و١٩ سودانى و١٢سورى)

المذكرة الايضاحية :

١ ـ ان التعامل بالرسائل آخذ يتزايد نصيبه من الأهمية حتى أصاب من سعة النطاق بسطة جديرة بالاعتبار ٠ وليس شك فى أن هذا الضرب من التعامل قد اضطرد بوجه خاص فى المسائل التجارية، لكن المتعاملين من التجار لم يستشعروا ضرورة لحكم تشريعى جديد ، نظرا لانتفاء قيود الاثبات فى هذه المسائل ٠

على أن التعامل بالرسائل شمل الروابط المدنية أيضا ٠

وقد أقر القضاء والفقه ماتواضع عليه المتعاملون فى هذا الشأن ، وأنشأ طائفة من القواعد استلهما فيها المبادىء المتعلقة بالأوراق العرفية ، رغم خلو التشريع من النص وقد استندا فى ذلك الى :

١ ـ أن القانون لم يشترط شكلا خاصا فى المحررات العرفية الا ما استثنى منها بنص خاص و ٢ ـ أن الرسائل يتوافر فيها الشرطان الجوهريان اللذان تستمد منهما حجية المحررات العرفية وهما الخط والتوقيع ٠ فمن الأنسب ، والحال كذلك ، أن تدرج الرسائل بين طرق الاثبات بالكتابة وان يعين مدى حجيتها ، وما ينبغى أن يتوافر فيها من الشرائط الشكلية نزولا على مقتضى القواعد العامة من ناحية، وتمشيا مع نية المتعاقدين من ناحية أخرى ٠

ويجب فيما يتعلق بالشكل أن يجتمع فى الرسالة الشرطان الجوهريان الواجب توافرهما فى المحررات العرفية ، وهما الخط والتوقيع ٠ وغنى عن البيان ان توافر هذين الشرطين يكفى من هذه الناحية دون حاجة الى شرط آخر ٠

اما فيما يتعلق بحجية الرسائل ، فمن رأى فريق من الفقهاء أنها تترك لتقدير القاضى ، لأن مضمون الرسالة لا يعدو أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، قد يعتبر من قبيل الاقرار فى غير مجلس القضاء ٠

بيد أن مذهب القضاء قد تطور فى هذا الشأن فعمدت المحاكم الى اقرار مبدأ التعاون فى تحصيل الأدلة ، وأجازت للقاضى أن يأمر بتقديم الأدلة التى تثبت حيازة الخصوم لها واعراضهم عن استعمالها ، اذا اقتضى ذلك حسب سير العدالة ٠

وقد أقيم المبدأ الذى تقدمت الاشارة اليه على ما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية فى تحصيل الدليل ٠ فاذا تم التعاقد بالمراسلة، كان من واجب كل من المتعاقدين أن يقدم الى القاضى مايكون لديه من الأدلة الكتابية ، لأن الاثبات فى هذه الحالة لا يتاح الا بمقارنة الرسائل المتبادلة ٠

وليس ثمة ما يدعو الى الاشفاق من اقرار حجية الرسائل ، فاذا امتنع أحد المتعاقدين عن تقديم الرسالة الموجهة اليه ، فللقاضى أن يلزمه بذلك ٠ ثم أن اشتراط ازدواج النسخ الأصلية فى بعض التقنينات يقصد منه الى تحقيق المساواة بين طرفى التعاقد ، وهوغرض لايفوت بداهة من جراء اقرار هذه الحجية ٠ ويراعى أخيرا أن العمل جرى على الاحتفاظ بصور الرسائل ، ولا سيما أنها غالبا ما تكتب بالآلة الكاتبة ، متى كانت متعلقة بمعاملة من المعاملات ، ولو كانت مدنية بطبيعتها ٠

وتفريعا على ذلك عمد المشروع الى اقرار حجية الرسائل والتسوية فى الحكم بينها وبين سائر المحررات العرفية ٠

ولو فرض على نقيض ما تقدم أن رسالة وجهت الى شخص ثالث ، وتمكن أحد الطرفين من تقديمها بعد الحصول عليها بطريق مشروع ، ليستخلص منها دليلا على مايدعي قبل الطرف الآخر ، فحجية مثل هذه الرسالة تترك لتقدير القاضى ، وله أن يسترشد فى شأنها بالأحكام الخاصة بما صدر من الاقرارات فى غير مجلس القضاء ٠

٢ ـ أما البرقيات وهى التى تكفلت الفقرة الثانية ببيان حكمها ، فهى تختلف عن الرسائل من حيث ايجاز المضمون وسرعة الابلاغ ٠

بيد أنه رؤى من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة أصل البرقية بل يتسلم صورة منها يتولى تحريرها موظف مصلحة التلغرافات فى المكتب المختص بتلقى مضمون الرسالة ٠ ومن المسلم أن صور المحررات العرفية لاتتوافر لها أى حجية فى الاثبات ٠

بيد أنه رئى من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة المسلمة الى المرسل اليه لأصلها ، اذ ليس لموظف مكتب التلغراف المختص مصلحة فى تغيير مضمون هذا الأصل ٠

وبهذا تنحصر احتمالات مغايرة الصورة للأصل ، بوجه عام ، فيما قد يقع من هذا الموظف من خطأ • ولهذه العلة أجيز لذى الشأن أن يقيم الدليل على اختلاف الصورة عن أصلها ، وهو أمر يسير يكفى فيه تقديم الأصل المحفوظ فى مكتب الارسال •

ولايكون نصيب البرقية من الحجية معادلا لنصيب الأوراق العرفية منها ، الا بتوافر شرط جوهرى ، هو توقيع المرسل على الأصل •

بيد ان تخويل مصلحة التلغرافات حق اعدام أصول البرقيات ، بعد انقضاء فترة قصيرة من الزمن يجعل حجية الرسائل البرقية أدنى الى التوقيت وحظها من الاستقرار أقل مما يتوافر للرسائل البريدية • وقد سوى التقنين المراكشى بين البرقيات وبين سائر الأوراق العرفية من حيث الحجية •

(مادة ٨٨)

١ ــ دفاتر التجار لاتكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيما عما ورده التجار يسرى عليها قواعد الاثبات المقررة فى هذا القانون •

٢ ــ وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن اذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه ان يجزىء ماورد فيها ، ويستبعد منه ما كان مناقضا لدعواه •

(م ٣٩٧ مدنى مصرى و١٧ اثبات مصرى و١٦٠٨ من المجلة و٢٠ سودانى و١٤ سورى) •

المذكرة الايضاحية :

١ ــ الأصل جواز التمسك بدفاتر التاجرقبله ،باعتبار أنها من قبيل الأوراق غير الموقع عليها التى تصدر من جانب واحد ، وان وجوب امساكها روعيت فيه مصلحة التاجر نفسه • بيد أنه لايجوز للتاجر ان يستند الى هذه الدفاتر كدليل لاثبات الالتزام قبل من يتعاقد معه من غير التجار اذ من المتمنع أن يصطنع الانسان دليلا لنفسه • وقد قصد من الزام التاجر بامساك هذه الدفاتر (دفتر اليومية ودفتر صور الخطابات (الكوبيا) ودفتر الجرد حسب م ١١ و١٢ و١٣ من تقنين التجارة المصرى) واشتراط ترقيمها وتاشير الموظفين المختصين على أوراقها الى رعاية مصلحة المشتغلين بالتجارة •

٢ ــ تقضى الفقرة الأولى بأن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار وتخضع البيانات المثبتة فيها الخاصة بما يوردونه للقواعد العامة فى الاثبات ومن أعمها قاعدة « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » المنصوص عليها فى المادة الثالثة من المشروع •

٣ ــ أما التاجر فتعتبر دفاتره حجة عليه ، منتظمة كانت أو غير منتظمة لأنها بمثابة اقرار صادر منه ، ويتفرع على ذلك وجوب تطبيق القواعد المتعلقة بالاقرارات فى هذا الشأن ، ولاسيما قاعدة امتناع تجزئة الاقرار متى كانت دفاتر التاجر منتظمة • أما اذا كانت هذه الدفاتر غير منتظمة فللقاضى أن يقدر مضمونها ، دون أن يتقيد فى ذلك بقاعدة عدم جواز تجزئة الاقرار • وقد استظهر المشروع هذا الحكم باضافة عبارة « اذا كانت هذه الدفاتر منتظمة » الى نص الفقرة الثانية •

(مادة ٨٩)

لاتكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه الا فى الحالتين الآتيتين :

(أ) اذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا •

(ب) اذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته •

(م ٣٩٨ مدنى مصرى و١٨ اثبات مصرى و١٨ سورى) •

المذكرة الايضاحية :

١ ــ هذه المادة ليس يقتصر نطاقها على الدفاتر ، بل يتناول كذلك الأوراق المنزلية ، أى المحررات المتعلقة بغير التجار ، كدفاتر الحساب والأجندات والمذكرات ولا يلزم آحاد الناس ، عرفا أو قانونا ، بتدوين حساباتهم فى دفاتر أو أوراق ، على نقيض ما تقدم بشأن التجار • وبديهى أن انتفاء هذا الالزام لايتيح بوجه من الوجوه اعتبار هذه الأوراق وتلك الدفاتر طريقا من طرق الاثبات ، بل ولا يتيح الاستعانة بها ، بوصفها مبدأ ثبوت بالكتابة لصالح من حررها ، ولذلك نصت الفقرة الأولى على أن الدفاتر والأوراق المنزلية لاتكون حجة لمن صدرت منه ، أما حجيتها عليه فقد تكفلت ببيانها الفقرة الثانية من هذه المادة وقصرتها على حالتين على سبيل الحصر •

٢ ــ ومع ذلك فليس ثمة ما يحول دون اعتداد القاضى بالدفاتر التى تقدمت الاشارة اليها ، باعتبارها قرائن تضاف الى وثائق أخرى أو عناصر أدلة سبق تقديمها ، وفقا للقواعد العامة بشأن الاثبات بالقرائن •

(مادة ٩٠)

١ ــ التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته •

٢ ــ وكذلك يكون الحكم اذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين •

(م ٣٩٩ مدنى مصرى و١٩ اثبات مصرى و١٩ سورى) •

المذكرة الايضاحية :

١ – جرت العادة بأن يؤشر الدائن بالوفاء الجزئي أو الكلي على سند الدين ويستبقيه في حيازته (الفقرة الأولى) أو بأن يؤشر بذلك على نسخة أصلية أخرى من هذا السند ، أو على مخالصة في يد المدين (الفقرة الثانية) .

ويراعى أن المشروع قد عني في النص باستظهار ما يقصد بكلمة نسخة فليس يقصد بها مجرد صورة أخرى من سند الدين وانما شفعت هذه الكلمة بنعت « أصلية » تعيينا لدلالة المقصود .

وعلة الاعتداد بالتأشير المتقدم ذكره في الاثبات : أن الدائن في الحالة الأولى يدلي باقرار غير قضائي ، لا يمكن استبعاده من السند الذي يتقدم به لاستيفاء حقه وأن ما يصدر من الدائن في الحالة الثانية يكون في الواقع بمثابة مخالصة تبقى في يد المدين .

٢ – ويراعى أن المشروع لا يتطلب توافر أي شرط شكلي في مثل هذا التأشير فهو لا يشترط بيان تاريخ التحرير أو وضع توقيع الدائن وهو لا يشترط ايراده في مكان معين من السند أو النسخة الأصلية أو المخالصة ، فقد يرد في ذيل الورقة أو على هامشها أو ظهرها . بيد أنه يشترط لتوافر حجية التأشير أو قوته في الاثبات أن يكون مكتوبا بخط الدائن في الحالتين اللتين يواجههما النص وأن يظل سند الدين في يد الدائن في الحالة الأولى ، وفي يد المدين في الحالة الثانية والواقع أن من صور الغش ما يتيسر وقوعه في الحالة الأولى لو دخل سند الدين في يد المدين ، اذ يسهل عليه تزوير التأشير ، وكذلك الشأن لو سلم الدائن السند لوكيل فوضه في استيفاء الدين ، فهو يؤشر على هذا السند بالتخالص قبل أن يسلمه لوكيله ، ويقوم هذا برده اليه بما سبق أن دون فيه من تأشيرات ، فيما اذا تخلف المدين عن الوفاء عند المطالبة ، ولذلك اشترط المشروع في هذه الحالة أن يكون السند قد بقي في يد الدائن ولم يخرج قط فاذ ادعى أن السند خرج من يده وقع عليه عبء اقامة الدليل على صحة هذه الدعوى . وقد يتصور في الحالة الثانية أن يكون الدائن قد سلم المخالصة لوكيل مفوض في استيفاء الدين . ولما كان من واجب مثل هذا الوكيل أن يرد الى الموكل المخالصة التي تسلمها اذا لم يتم له استيفاء الدين ، فالمفروض أن الدائن يحتفظ بهذه المخالصة لأنه لم يستوف حقه من المدين ، ولهذه العلة اشترط المشروع أن تظل النسخة الأصلية أو المخالصة في يد المدين .

على أن تخلف أحد الشرطين المتقدمين لا يجعل التأشير خلوا من كل فائدة ، فللمدين مثلا أن ينتفع منه بوصفه مبدأ ثبوت بالكتابة متى كان محررا بخط الدائن . ولم ير وجه للنص صراحة على هذا الحكم لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقا للقواعد العامة .

٣ – ويراعى أن التأشير تقتصر حجته على الدائن وحده ، ولايجوز أن ينهض دليلا على وجه الاطلاق ، اذ من الممتنع على ذي الشأن أن يصطنع دليلا لنفسه . ثم ان هذه الحجية لا تتوافر الا اذا قصد من التأشير اثبات براءة ذمة المدين ، أما ماعدا ذلك مما يؤشر به على سند الدين ، فلا تكون له حجية في الاثبات الا في حدود القواعد العامة . ومتى تحدد المقصود من التأشير على هذا الوجه ، اعتبر حجة بما جاء فيه الى أن يثبت العكس مراعى في ذلك أن تأشير الدائن لا يعتبر قرينة قاطعة على براءة الذمة بل يكون لهذا الدائن أن يثبت أن ما أشر به قد صدر منه عن غلط أو نحوه .

الفصل الثالث

طلب الزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده

(مادة ٩١)

يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب الزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده .

(ا) اذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه .

(ب) اذا كان مشتركا بينه وبين خصمه ، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص اذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة .

(ج) اذا استند اليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى .

(م ٢٠ اثبات مصري وم ٢٠ بينات سوري وم ٤٢ اثبات سوداني) .

المذكرة الايضاحية :

الأصل في الاجراءات القضائية أن يتقدم الخصوم بمستنداتهم الى المحاكم وليس لهم أن يجبروا خصومهم على ابراز ما في يدهم ومع ذلك فقد رئي أنه يسوغ لخصم أن يطلب الزام خصمه بتقديم المستندات والأوراق المنتجة في الدعوى التي تكون تحت يده في أحوال ثلاثة منصوص عليها في هذه المادة وهي .

(أ) اذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه وفي القانون البينات السوري : « اذا كان القانون المدني او التجاري يجيز ... » ومثال ذلك الحالات التي نص عليها القانون التجاري وأباح للمحكمة أو تحكم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الزام التاجر بتقديم دفاتره التجارية .

(ب) اذا كان المحرر مشتركا بينه وبين خصمه وقد أعطى المشروع مثلا خاصا لهذه الحالة حالة ما اذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة . وهذه الحالة الخاصة أوردت على سبيل المثال .

(ج) اذا استند اليه خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى ومن أمثلة ذلك ما اذا قدم الخصم محررا للاستدلال به فـلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه الا باذن كتابى من القاضى (م ٩٧ من هذا المشروع) .

وهذه الحالات الثلاث التى وردت فى المادة جاءت على سبيل الحصر .

ويلاحظ أن الفصل فى طلب الخصم الزام خصمه بتقديم المحرر متروك لتقدير قاضى الموضوع وللقاضى عدم قبول الطلب اذا رأى أن الورقة غير منتجة فى الدعوى وله أن يرفضه اذا تبين له عدم جديته .

ويلاحظ أن قانون الاثبات السودانى لم يحدد حالات خاصة ونص المادة ٤٢ منه كما يأتى :

«يجوز للخصم أن يطلب من المحكمة تكليف خصمه بان يظهر المستندات الموجودة فى حيازته أو التى تحت تصرفه والمتعلقة بأية مسـألة من المسائل المتنازع عليها ، متى كان ذلك ضروريا للفصل فى الدعـوى أو لتوفير المصروفات » .

(مـادة ٩٢)

يجب أن يبين فى هذا الطلب :

(أ) أوصاف المحرر الذى يعينه .

(ب) فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل .

(ج) الواقعة التى يستدل به عليها .

(د) الدلائل والظروف التى تؤيد أنه تحت يد الخصم .

(هـ) وجه الزام الخصم بتقديمه .

(م ٢١ اثبات مصرى و ٢١ بينات سورى) .

المذكرة الايضاحية :

المقصود بالفقرة (هـ) أن يبين الطالب أن الحالة المعروضة هى أحدى الحالات التى حددتها المادة السابقة على سبيل الحصر .

(مـادة ٩٣)

لا يقبل الطلب اذا لم تراع أحكام المادتين السابقتين .

(م ٢٢ اثبات مصرى) .

(مـادة ٩٤)

اذا أثبت الطالب طلبه أمرت المحكمة بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب موعد تحدده واذا لم يثبت طلبه وأنكر الخصم كان له أن يطلب من القاضى تحليفه اليمين « بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به » .

(م ٢٣ اثبات مصرى و ٢٢ بينات سورى و ٤٣ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

يكون اثبات الطالب طلبه باثبات وجود الورقة التى وصـفها وأنها تحت يد الخصم وأن الخصم ملزم قانونا بتقديمها لكونها مما يندرج فى عداد الحالات المذكورة فى المادة ٩٢ من هذا المشروع وعليه أن يراعى فى هذا الاثبات الأحكام الواردة فى هذا المشروع . فاذا أثبت الطالب طلبه أمرت المحكمة بالزام الخصم بتقـديم المحرر فى الحـال أو فى أقرب موعد تحدده . أما اذا لم يثبت الطالب طلبه فان له أن يطلب من القاضى توجيه اليمين الى المدعى عليه وقد رؤى بيان صيغة اليـمين على النحو الوارد فى المـادة .

(مـادة ٩٥)

اذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمـة أو امتنع من حلف اليمين المذكورة ، اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فان لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه .

(م ٢٤ اثبات مصرى و ٢٣ بينات سورى وأنظر ٤٤ اثبات سودانى ونصـها : « اذا اقتنعت المحكمة بوجود المستندات تحت يد الخصم المطالب بتقديمها فى الموعد الذى حددته أو امتنع عن حلف اليـمين المذكور فى المـادة ٤٣ ، كان لخصمه الحق فى اثبات محتوى تلـك المستندات بأى طريق من طرق الاثبات وجاز تحميل الخصم المتمنـع مصروفات ذلك الاثبات أيا كانت نتيجة الفصل فى الدعوى » .

(مـادة ٩٦)

اذا قـدم الخصـم محررا للاسـتدلال به فى الدعوى فلا يجـوز له سحبه بغير رضاء خصمه الا باذن كتابى من القاضى أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة فى ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الـكتاب بمطابقتها للأصل .

(م ٢٥ اثبات مصرى و٢٤ بينات سورى الا أن فيها : « ...

فلا يجوز له سحبه الا برضاء خصمه وباذن خطى من رئيس المحكمة بعد أن تحفظ صورة مصدقة عنه فى اضبارة الدعوى » وم ٤٦ اثبات سودانى ونص الفقرة الثانية منها : « لا يجوز للخصم سحب المستندات التى قدمها الا بأمر المحكمة وبعد أن تحفظ منها صورة فى ملف الدعوى يؤشر عليها بمطابقتها للأصل » .

(مادة ٩٧)

يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن فى ادخال الغير لالزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة .

(م ٢٦ اثبات مصرى و٢٥ بينات سورى بدون «ولو أمام محكمة الاستئناف» . وباضافة فقرة ثانية نصها : « يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تقرر جلب أسناد وأوراق من الدوائر الرسمية السورية اذا تعذر ذلك على الخصوم » و م ٤٧ اثبات سودانى ونصها : « للمحكمة أن تأمر أو تأذن بادخال الغير لالزامه بتقديم مستند تحت يده وذلك فى الأحوال وبالأوضاع المنصوص عليها فى المواد ٤٢ و ٤٣ و ٤٤ . ولها كذلك أن تطلب من الجهات الادارية أن تقدم ما لديها من المعلومات والوثائق اللازمة للفصل فى الدعوى متى رأت المحكمة أن ذلك لا يضر بمصلحة عامة » .

المذكرة الايضاحية :

استكمالا للقواعد السابقة ومراعاة لصالح الخصم الذى يفيد من الورقة أجاز القانون، اذا كانت الورقة المطلوب تقديمها تحت يد شخص خارج عن الدعوى ، للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة ثانى درجة أن تأذن فى ادخال الغير لالزامه بتقديم ورقة تحت يده وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها بالنسبة الى الزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده عملا بالمادتين ٩٢ و ٩٣ من هذا المشروع ويقدم طلب الادخال فى هذه الحالة من الخصم الذى يستفيد من الورقة ومتى أدخل الغير فى الدعوى أصبح خصما فيها وأصبح للمحكمة قبله سلطة الحكم عليه بالغرامة اذا امتنع عن الامتثال لأمرها فضلا عن حق الخصم فى الرجوع عليه بالتعويض اذا أضر به عدم تقديم الورقة .

(مادة ٩٨)

كل من حاز شيئا أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقا متعلقا به متى كان فحص الشىء ضروريا للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فاذا كان الأمر متعلقا بسندات أو أوراق أخرى فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وبتقديمها عند الحاجة الى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد الا أن يستند اليها فى اثبات حق له .

على أنه يجوز للقاضى ان يرفض اصدار الأمر بعرض الشىء اذا كان لمن احرزه مصلحة مشروعة فى الامتناع عن عرضه .

ويكون عرض الشىء فى المكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض مالم يعين القاضى مكانا آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدما ، وللقاضى أن يعلق عرض الشىء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشىء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض .

(م ٢٧ اثبات مصرى) .

المذكرة الايضاحية :

١ ـ كانت هذه المادة من بين مواد مشروع القانون المدنى المصرى الحالى (م ٢٧٣) وحذفت فى لجنة المراجعة لأنها ادخل فى قانون المرافعات .

وهذا النص يتيح العمل على حسم المنازعات ويبتعد بالمنازعة امام القضاء عن مجال المبارزة .

٢ ـ ويجب لترتيب الالتزام الذى قرره النص توافر شروط ثلاثة :

(أ) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشىء ، شخصيا كان الحق أو عينيا .

(ب) والثانى أن يكون الشىء المدعى به فى يد شخص آخر ، على سبيل الحيازة أو الاحراز ، سواء أكان هذا الشخص خصما فى الدعوى أم لم يكن خصما فيها .

(ج) والثالث أن يكون فحص الشىء ضروريا للبت فى الحق المدعى به ، من حيث وجوده ومداه ويرجع تقدير هذه الضرورة الى القاضى .

فيجوز مثلا لمالك الشىء المسروق أن يطالب من يشتبه فى حيازته له بعرضه عليه ليتثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التى أجراها مورثه حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه فى الأجر ، بعد أن آل اليه هذا الحق من طريق الميراث .

٣ ـ فاذا كان الشىء الذى يطلب عرضه سندا أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضروريا لا للبت فى وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ، بل لمجرد الاستناد اليها فى اثبات حق للطالب . والثانى أن للقاضى أن يأمر ، عند الاقتضاء ، بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب .

فيجوز مثلا لمشترى الأرض، اذا تعهد بالوفاء بما بقى من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أداؤه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تعسفا أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ليستخلص منه الدليل على التعسف .

٤ – اذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضى أن يامر بعرض الشىء أو الوثيقة المطلوبة الا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للامتناع ، كالحرص على حرمة سر عائلى مثلا ٠

٥ – والأصل فى العرض أن يحصل حيث يوجد الشىء وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضى أن يحكم بغير ذلك كما هو الشان فى تقديم الشىء أمام القضاء ٠ وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه، ويجوز الزامه اذا رأى القاضى ذلك، بتقديم تامين لضمان ما قد يصيب محرز الشىء من ضرر من وراء هذا العرض ٠

والنص كما يبدو من عباراته كثير الفروض وقد اجتهدت هذه المذكرة فى ضبط النص ما وسعها ذلك ولكنه بطبيعته يستعصى على الانضباط وفائدته مرهونة بالاعتدال فى تطبيقه عملا والا فانه قد يؤدى الى خلاف المقصود من وضعه ٠

وهناك مادتان فى قانون الاثبات السودانى ليس لهما مقابل فى المصرى هما م ٤٥ و ٤٨ ونصهما :

م ٤٥ : يجوز للخصم أن يطلب من المحكمة اعلان أى خصم أشار فى مرافعاته الى وجود أى مستند ويطلب منه فى الاعلان تقديم ذلك المستند للاطلاع عليه ، فاذا لم يستجب الخصم لما طلب اليه فى الاعلان جاز للمحكمة ، متى اقتنعت بان تقديم ذلك المستند ضرورى للفصل فى النزاع ولا يتعلق بحق خاص به وليس له أى عذر آخر يبرر عدم تقديمه ، أن تمنعه من التمسك به كدليل له فى الدعوى ٠

م ٤٨ : تسرى أحكام هذا الفصل (الادلة المكتوبة) على الأشياء المادية التى يستند اليها كدليل فى الدعوى بالقدر الذى يتفق وطبيعة تلك الأشياء ٠

الفصل الرابع

اثبات صحة المحررات

(مادة ٩٩)

للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى المحرر من اسقاط قيمته فى الاثبات أو انقاصها ٠

واذا كانت صحة المحرر محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذى صدر عنه أو الشخص الذى حرره ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيه ٠

(م ٢٨ اثبات مصرى و ٢٦ بينات سورى و ٢١ – ٢٢ اثبات سودانى) ٠

المذكرة الايضاحية :

العرض من هذا النص تمكين القاضى من تجلية ما يتردد فى صدره من الشك فى صحة الورقة المقدمة اليه سواء أطعن الخصوم فيها أم لم يطعنوا ٠ وهذا النص لا يغنى عنه ما هو مقرر له من سلطة الحكم بتزوير الورقة أو بصحتها بغير حاجة الى تحقيق لأن استعمال هذه السلطة مشروط بأن يطلب الخصم استبعاد الورقة المقدمة من خصمه ٠

وحكم هذه المادة يكمل بحكم المادة ١٣٠ من هذا المشروع التى تقضى بأن المحكمة اذا ظهر لها بجلاء أن الورقة مزورة كان لها من تلقاء نفسها أن تحكم برد الورقة وبطلانها ٠

(مادة ١٠٠)

انكار الخط أو الختم أو الامضاء أو بصمة الأصبع يرد على المحررات غير الرسمية ، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية ٠

(م ٢٩ اثبات مصرى و٣٧ بينات سورى و٢٤ اثبات سودانى و ١٣٩ – ١٤٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) ٠

المذكرة الايضاحية :

تفرق هذه المادة بين المحرر العرفى والمحرر الرسمى ٠ فالمحرر العرفى يحتمل الانكار والطعن بالتزوير فلصاحب التوقيع أن يقتصر على الانكار فيلجأ المحتج بها الى اجراءات تحقيق الخطوط ويقع عليه لا على صاحب التوقيع عبء الاثبات ، وله أن يطعن فى الورقة بالتزوير ويقع عليه عندئذ عبء الاثبات٠ أما المحرر الرسمى فلا سبيل الا الطعن بالتزوير ٠ ومرجع التفرقة بين النوعين من المحررات أن الورقة الرسمية تحمل توقيع الموظف العام الذى ونقها ، وفى هذا الموظف من الضمانات وعليه من المسئولية ما يسمح بافتراض صحة صدور الورقة الرسمية ممن وقع عليها فاذا أراد الطعن فيها فسبيله الطعن بالتزوير وعليه عبء الاثبات ، بخلاف المحرر العرفى فلا يتوافر فيه هذه الضمانات فاذا أنكر المنسوب اليه التوقيع توقيعه فعلى المتمسك بالمحرر أن يثبت صحته عن طريق اجراءات تحقيق الخطوط ٠

الفرع الأول

انكار الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع وتحقيق الخطوط

(مادة ١٠١)

اذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه أو امضاءه أو ختمه أو بصمة اصبعه أو انكر ذلك خلفه أو نائبه ، وكان المحرر منتجا فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة فى شان صحة

الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة أصبعه ـ أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما .

(م ٣٠ اثبات مصرى و ١٤١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٢٨ بينات سورى و ٢٥ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

الورقة العرفية تستمد قوتها فى الاثبات من اعتراف من تشهد عليه بصمتها فاذا أنكرها زال ما لهـا من قوة فى الاثبـات وكان على المتمسك بها أن يثبت صحتها باجراءات تحقيق الخطوط وهى مجموع الاجراءات التى رسمها القانون ليثبت بها المتمسك بورقة عرفية صحتها اذا أنكرها من تشهد عليه أو خلفه .

وللمحكمة أن تقضى فورا بصحة الورقة أو باستبعادها بغير تحقيق اذا رأت أن وقائع الدعوى ومستنداتها كافية فى ذاتها لاقناعها . ولهـا أن تحيل الدعوى على التحقيق .

وللمحكمة اذا أحالت الدعوى على التحقيق الخيار فى أن تجرى التحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بالاثنين معا .

(مـادة ١٠٢)

يحرر محضر تبين به حالة المحرر وأوصافه بيانا كافيا ويوقعه رئيس الجلسة وكاتب المحكمة والخصوم ويجب توقيع المحرر ذاته من رئيس الجلسة والكاتب .

(م ٣١ اثبات مصرى و ١٤٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٢٩ بينات سورى و ٣٦ اثبات سودانى ونصهـا : « يحرر محضر تبين به حالة المحرر الذى حصل انكاره بيانا كافيا ويؤشر على المحرر باسم مقدمه وتاريخ تقديمه ورقم الدعوى المقدم فيها ويوقع من القاضى ويودع خزانة المحكمة ») .

(مـادة ١٠٣)

يشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على :

(أ) ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق .

(ب) تعيين خبير أو ثلاثة خبراء .

(ج) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق .

(د) الأمر بايداع المحـرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعـد بيان حالته على الوجه المبين بالمـادة السابقة .

(م ٣٢ اثبات مصرى و ٣٠ بينات سـورى وعجز م ٢٦ اثبات سودانى و ١٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية)

(مـادة ١٠٤)

يكلف قلم الكتاب الخبير الحضور أمام القاضى فى اليوم والساعة المعينين لمباشرة التحقيق .

(م ٣٣ اثبات مصرى و١٤٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

(مـادة ١٠٥)

على الخصوم أن يحضروا فى الموعد المذكور لتقـديم ما لديهم من أوراق المضاهاة والاتفاق على ما يصلح منها لذلك . فان تخلف الخصم المكلف بالاثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه فى الاثبات . واذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمضاهاة صالحة لها .

(م ٣٤ اثبات مصرى و ٣١ بينات سورى) .

(مـادة ١٠٦)

على الخصم الذى ينازع فى صحة المحرر أن يحضر بنفسه للاستكتاب فى الموعد الذى يعينه القاضى لذلك ، فان امتنع عن الحضور بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة المحرر .

(م ٣٥ اثبات مصرى و ٣٢ بينات سورى و ٢٩ اثبات سودانى)

(مـادة ١٠٧)

تكون مضاهاة الخط أو الامضاء أو ختم أو بصمة الأصبع الذى حصل انكاره على ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة الأصبع .

(م ٣٦ اثبات مصرى و٣٣ بينات سورى و١٤٦ ـ ٣ ٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٢٨ اثبات سودانى) .

(مـادة ١٠٨)

لا يقبل للمضاهاة فى حالة عدم اتفاق الخصوم الا :

(أ) الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع الموضـوع على محررات رسمية .

(ب) الجزء الذى يعترف الخصم بصحته من المحرر المقتضى تحقيقه .

(ج) خطه أو امضاؤه الذى يكتبه أمام القـاضى أو البصـمة التى يطبعها أمامه .

(م ٣٧ اثبات مصرى و١٤٦ ـ ١و٢و٤ من لائحـة ترتيب المحـاكم الشرعية و ٣٤ بينات سورى و٢٨ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

بين فى هذه المـادة الأوراق التى تصلح للمضاهاة فى حـالة عـدم اتفاق الخصوم على سبيل الحصر فلا يقبل غيرها للمضاهاة ولا يحتاج قبولها لاتفاق الخصوم .

(مـادة ١٠٩)

يجوز للقاضي أن يأمر باحضار المحررات الرسمية المطلوبة للمضاهاة عليها من الجهة التى تكون بها أو ينتقل مع الخبير الى محلها للاطلاع عليها بغير نقلها ٠

(م ٣٨ اثبات مصرى و ١٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و٣٥ بينات سورى و ٣٠ اثبات سودانى) ٠

(مـادة ١١٠)

فى حالة تسليم المحررات الرسمية لقلم الكتاب تقوم الصور التى تنسخ منها مقام الاصل متى كانت ممضاة من القاضى المنتدب والكاتب والموظف الذى سلم الأصل ٠ ومتى أعيد الأصل الى محله ، ترد الصورة المأخوذة منه الى قلم الكتاب ويصير الغاؤها ٠

(م ٣٩ اثبات مصرى و١٤٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية)٠

(مـادة ١١١)

يوقع الخبير والخصوم والقاضى والكاتب على أوراق المضاهاة قبل الشروع فى التحقيق ويذكر ذلك فى المحضر ٠

(م ٤٠ اثبات مصرى و١٤٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و٣٦ بينات سورى)٠

(مـادة ١١٢)

تراعى فيما يتعلق باولى الخبرة القواعد المقررة فى الباب المتعلق بالخبرة ٠

(م ٤١ اثبات مصرى و ١٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و٣٧ بينات سورى و ٣٣ ـ ٢ اثبات سودانى) ٠

(مـادة ١١٣)

لاتسمع شهادة الشهود الا فيما يتعلق باثبات حصول الكتابة أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع على المحرر المقتضى تحقيقه ممن نسبت اليه ٠

وتراعى فى هذه الحالة القواعد المقررة فى الباب الخاص بشهادة الشهود

(م ٤٢ اثبات مصرى و ٢٧ ـ ١ اثبات سودانى) ٠

المذكرة الايضاحية :

الشاهد الذى يدعى للشهادة انما يشهد على أنه رأى من تشهد عليه الورقة يكتبها أو يوقع عليها ولكنه لا يشهد على حصول التصرف الذى أجراه الخصوم بينهم فيجب التفرقة بين التصرف فى ذاته والدليل لاثباته فالانكار ينصب على التوقيع ولاشأن له بالتصرف المثبت بالمحرر وعلى ذلك لا يمنع الحكم بصحة الورقة من الطعن على التصرف الثابت فيها بالبطلان لأحد أسباب البطلان ٠

(مـادة ١١٤)

اذا حكم بصحة كل المحرر فيحكم على من أنكره بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز خمسين جنيها ٠

(م ٤٣ اثبات مصرى و١٥٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٣٨ بينات سورى وفيها : « بغرامة ٥٠ الى ١٥٠ ليرة سورية ٠ ولا يحول ذلك دون الحكم للفريق الآخر بالعطل والضرر اذا كان هناك سوء نية « ٠ و ٣٤ اثبات سودانى ونصها : « اذا انتهت المحكمة الى صحة المحرر يحكم على من أنكره بغرامة لا تجاوز عشرين جنيها ولا يحكم عليه بشىء ما اذا ثبت بعض ما ادعاه » ٠

(مـادة ١١٥)

اذا قضت المحكمة بصحة المحرر أو برده أو قضت بسقوط الحق فى اثبات صحته أخذت فى نظر موضوع الدعوى فى الحال أو حددت لنظره أقرب جلسة ٠

(م ٤٤ اثبات مصرى) ٠

(مـادة ١١٦)

يجوز لمن بيده محرر غير رسمى أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بامضائه او ببصمة اصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الاداء ويكون ذلك بدعوى أصلية بالاجراءات المعتادة ٠

(م ٤٥ اثبات مصرى و ٣٩ ـ ١ بينات سورى) ٠

(مـادة ١١٧)

اذا حضر المدعى عليه واقر ، أثبتت المحكمة اقراره ، وتكون جميع المصروفات على المدعى ويعتبر المحرر معترفا به ، اذا سكت المدعى عليه أو لم ينكره أو لم ينسبه الى سواه ٠

(م ٤٦ اثبات مصرى و ٣٩ ـ ٢ بينات سورى) ٠

(مـادة ١١٨)

اذا لم يحضر المدعى عليه حكمت المحكمة فى غيبته بصحة الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع ٠ ويجوز استئناف هذا الحكم فى جميع الاحوال ٠

(م ٤٧ اثبات مصرى و ٣٩ ـ ٣ بينات سورى الا ان فى هذه « ويجوز الاعتراض على هذا الحكم فى جميع الأحوال » ٠

(مـادة ١١٩)

اذا أنكر المدعى عليه الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الاصبع فيجرى التحقيق طبقا للقواعد المتقدمة ٠

(م ٤٨ اثبات مصرى و ٣٩ ـ ٤ بينات سورى)

الفرع الثانى

الادعاء بالتزوير

(مـادة ١٢٠)

يكون الادعاء بالتزوير فى أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير فى قلم الكتاب وتبين فى هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها والا كان باطلا .

ويجب أن يعلن مدعى التزوير خصمه فى الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير واجراءات التحقيق التى يطلب اثباته بها ، والا جاز الحكم بسقوط ادعائه .

(م ٤٩ اثبات مصرى و١٥٤ و ١٦٠ و ١٦١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٤٠ بينات سورى وهى تقابل الفقرة الأولى من هذه المادة و ٣٦ ـ ١ اثبات سودانى) .

المذكرة الايضاحية :

رؤى أن يستعمل هنا عبارة « الادعاء بالتزوير » بدلا من عبارة « الطعن بالتزوير » كى تخلص كلمة « الطعن » للطعن فى الأحكام والقرارات ، ولأن لفظ « الادعاء » فى هذا السياق أدل على الخصم المكلف بالاثبات .

وقد أوجبت هذه المادة أن يقدم الادعاء بالتزوير بتقرير فى قلم الكتاب تحدد فيه مواضع التزوير كلها فان خلا عن هذا التحديد كان باطلا ، كما أوجبت على مدعى التزوير أن يعلن خصمه فى الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير واجراءات التحقيق التى يريد اثباته بها والا جاز الحكم بسقوط ادعائه .

وقد استعملت عبارة « شواهد التزوير » بدلامن عبارة « أدلة التزوير » لكى يدخل فى مشمولها كل ما يستند اليه مدعى التزوير من وقائع وقرائن وظروف وامارات وما كان منها سبيل اثباتة شهادة الشهود أو تحقيق الخبراء وما كان من قبيل القرائن المستفادة من الوقائع الثابتة فى الدعوى .

(مـادة ١٢١)

على مدعى التزوير أن يسلم قلم الكتاب المحرر المطعون عليه ان كان تحت يده ـ أو صورته المعلنة اليه ـ فان كان المحرر تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب ايداعه قلم الكتاب .

فاذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه اعتبر غير موجود ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد ان أمكن .

(م ٥٠ اثبات مصرى و ١٥٦ و ١٥٧ و ١٥٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٤٢ بينات سورى و ٣٧ اثبات سودانى) .

(مـادة ١٢٢)

اذا كان المحرر تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة بعد اطلاعه على التقرير أن يكلف فورا أحد المحضرين بتسلم ذلك المحرر أو بضبطه وايداعه قلم الكتاب .

فاذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه اعتبر موجود ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد ان أمكن .

(م ٥١ اثبات مصرى و ١٥٧ ـ ١٥٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٣٧ اثبات سودانى) .

(مـادة ١٢٣)

اذا كان الادعاء بالتزوير منتجا فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لاقناع المحكمة بصحة المحرر او بتزويره ورأت أن اجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن فى مذكرته منتج وجائز أمرت بالتحقيق .

(م ٥٢ اثبات مصرى و ٤٣ بينات سورى و ٣٨ ـ ١ اثبات سودانى مع زيادة « بالمضاهاة أو بشهادة الشهود او بكليهما » .

المذكرة الايضاحية :

أنظر المذكرة الايضاحية للمادة التالية .

(مـادة ١٢٤)

يشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على بيان الوقائع التى قبلت المحكمة تحقيقها والاجراءات التى رات اثباتها بها وعلى سائر البيانات المذكورة فى المادة ١٠٤ من هذا القانون .

(م ٥٣ اثبات مصرى و ١٦٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و م ٤٤ بينات سورى) .

المذكرة الايضاحية :

متى حصلت المرافعة على أساس المذكرة المبين بها شواهد التزوير نظرت المحكمة فيما اذا كان الادعاء بالتزوير منتجا فى النزاع . فان وجدته منتجا ولم تجد فى وقائع الدعوى وأورقها مايكفيها فى تكوين اقتناعها بصحة الورقة أو تزويرها ورأت أنه لابد لذلك من اجراء التحقيق الذى طلبه مدعى التزوير فى مذكرته أمرت بالتحقيق (م ١٢٤) وكان عليها ان تبين فى حكمها الصادر بالتحقيق الوقائع التى قبلت تحقيقها والاجراءات التى رأت اثباتها بها الى غير ذلك من البيانات الوارد ذكرها فى هذه المادة والمادة ١٠٤ من هذا القانون.

وليس مما يحتاج الى بيان أن المحكمة متى أمرت بالتحقيق لايكون لها أن تتعرض لتقدير سائر القرائن التى ساقها مدعى التزوير لتأييد مدعاه فان ذلك لا يكون له محل الا بعد الفراغ من التحقيق وعند الفصل فى صحة الورقة على أساس جميع الأدلة القائمة فى الدعوى ماأستجد منها نتيجة التحقيق وماكان مقدما من قبل .

ولما كانت الوقائع التى قد ترى المحكمة اثباتها بالتحقيق لايدخل افرادها تحت حصر وكثيرا ما تخرج عن مجرد كون الخط المنسوب الى مدعى التزوير هو خطه فان القانون لم يجد موجبا للنص على تعيين الطريقة التى يجرى بها التحقيق كما فعل فى تحقيق الخطوط بل ترك الامر فى ذلك الى القواعد الخاصة بكل طريقة من طرق التحقيق لكنه مع ذلك لم يجد بدا من النص على أنه اذا اقتضت الحال أن يؤمر بالتحقيق بالمضاهاة فان التحقيق يكون وفق الأوضاع والقواعد المقررة للتحقيق بالمضاهاة فى الفرع الخاص بتحقيق الخطوط ٠

ولم يجد هذا القانون داعيا للنص على وقف الدعوى لسبب الادعاء بالتزوير كما نص فى المادة ١٥٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : «يترتب على الطعن بتزوير الورقة ايقاف السير فى الدعوى اذا لم يكن للمدعى دليل آخر لاثباتها » ٠ ذلك لان هذا الادعاء لا يعدو أن يكون وسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعوى ٠ فالسير فى تحقيقه لا يكون الا من قبيل المضى فى اجراءات الخصومة الأصلية شأنه فى ذلك شأن أية منازعة عارضة كدفع مانع من قبول الدعوى أو كأية منازعة فى واقعة من وقائعها يحتاج اثباتها الى تحقيق ويتوقف عليها الحكم ٠ والحق أنه كلما كان الادعاء بالتزوير منتجا فى أصل النزاع فلا يتصور امكان الحكم فى الدعوى قبل الفصل فى أمر التزوير ٠

والواقع أن المبرر لعقد فرع خاص بالادعاء بالتزوير هو الاعتراف لبعض الأوراق بحجية خاصة لا يكفى لدفعها مجرد انكار الورقة الا أن رعاية هذه الحجية لا تقتضى تعطيل الدعوى ولا غل يد قاضيها بترك تسيير اجراءات التحقيق والعودة الى الموضوع لمشيئة الخصوم وانما يكفى فيها بعض أوضاع تكفل الا يقدم على الادعاء بالتزوير الا خصم جاد مثابر مستعد على الاثبات ٠

(مادة ١٢٥)

ويجرى التحقيق بشهادة الشهود وفقا للقواعد المقررة لذلك ٠

(م ٥٤ اثبات مصرى و ١٦٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وقد اقتصرت على التحقيق بالمضاهاة وم ٤٥ بينات سورى ونصها : « تقام البينة على التزوير بجميع طرق الاثبات ٠ وتطبق أحكام «المادتين ٣١ و٣٢ حين التحقيق فى التزوير بالتطبيق (اى بالمضاهاة) و ٣٨ ــ ٢ اثبات سودانى) ٠

(مادة ١٢٦)

الحكم بالتحقيق عملا بالمادة ١٢٤ من هذا القانون يوقف صلاحية المحرر للتنفيذ دون اخلال بالاجراءات التحفظية ٠

(م ٥٥ اثبات مصرى و ٤٦ بينات سورى) ٠

المذكرة الايضاحية :

يترتب على صدور الحكم بالتحقيق فى الادعاء بالتزوير ايقاف صلاحية الورقة للتنفيذ اذ أن المحكمة لا تحكم بالتحقيق عملا بالمادة ١٢٤ من هذا القانون الا اذا كان الادعاء بالتزوير منتجا ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة فى شان صحة الورقة أو تزويرها والا اذا رأت أن اجراء التحقيق نفسه منتجا وجائزا ٠

(مادة ١٢٧)

اذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيها ولا تجاوز مائة جنيه ٠

ولا يحكم عليه بشىء اذا ثبت بعض ما ادعاه ٠

(م ٥٦ اثبات مصرى و ١٧١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ٤٧ بينات سورى فى فقرتها الأولى : « حكم عليه بغرامة نقدية من ١٠٠ الى ٢٥٠ ليرة سورية ولا يحول ذلك دون الحكم للفريق الآخر بالعطل والضرر اذا كان هناك سوء نية » أما الفقرة الثانية فمثل الفقرة الثانية ٣٩ هنا ٠ واثبات سودانى) ٠

(مادة ١٢٨)

للمدعى عليه بالتزوير انهاء اجراءات الادعاء فى أية حالة كانت عليها بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه ٠

وللمحكمة فى هذه الحالة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه اذا طلب مدعى التزوير ذلك لمصلحة مشروعة ٠

(م ٥٧ اثبات مصرى و ١٦٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : يجوز للمدعى علية بالتزوير أن يوقف سير التحقيق فيه اذا أقر بانه غير متمسك بالسند المدعى التزوير فيه » و ٤٨ بينات سورى وقد أضيفت فيها فقرة ثالثة نصها : « ولها (أى للمحكمة) ان تقرر اتلاف الورقة أو السند أو شطبه كله أو بعضه أو اصلاحه » و ٤٠ اثبات سودانى) ٠

(مادة ١٢٩)

يجوز للمحكمة ــ ولولم يدع أمامها بالتزوير بالاجراءات المتقدمة ــ أن تحكم برد أى محرر وبطلانه اذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور ٠

ويجب عليها فى هذه الحاله أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى ثبتت منها ذلك ٠

(م ٥٨ اثبات مصرى و١٦٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) ٠

(مـادة ١٣٠)

يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة ٠

وتراعى المحكمة فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى هذا الفرع والفرع السابق عليه ٠

(م ٥٩ اثبات مصرى و٤٩ بينات سورى) ٠

المذكرة الايضاحية :

اجيز فى هذه المادة دعوى التزوير الأصلية فأبيح لمن يخشى الاحتجاج عليه بورقة مزورة عليه أن يختصم من بيده الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها وذلك بدعوى أصلية وبالاجراءات المعتادة ٠ وتراعى المحكمة فى هذه الدعوى وفى الحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى شان الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط بقدر ما يتفق العمل بهذه القواعد مع طبيعة الدعوى الأصلية ٠

الباب الخامس

اليمين

حجيتها :

اليمين طريق من طرق القضاء فى الشريعة الاسلامية ، والمقصود هنا يمين الخصم لا الشاهد ، والسند فى ذلك الأحاديث الآتية :

ـ عن ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : «لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه ٠ وللبيهقى باسناد صحيح «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» ٠

(بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٩) ٠

ـ وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم عرض على قوم اليمين فأسرعوا فأمر أن يسهم بينهم فى اليمين أيهم يحلف ٠ رواه البخارى ٠

(قال الخطابى : معنى الاستهام هنا «الاقتراع» يريد انهما يقترعان فأيهما خرجت له القرعة حلف وأخذ ما ادعى) ٠

(بلوغ المرام ، رقم ١٢١٠ ص ٢١٩) ٠

ـ وعن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «من اقتطع حق امرىء مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة» ٠

(بلوغ المرام رقم ١٢١١ ص ٢٢٠)

ـ وعن الأشعث بن قيس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هوفيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان ـ متفق عليه ٠

(بلوغ المرام ، رقم ١٢١٢ ص ٢٢٠)

ـ وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق ٠ رواهما الدار قطنى ، وفى اسنادهما ضعف (بلوغ المرام ١٢١٧ ص ٢٢١) ٠

(مـادة ١٣١)

تكون تادية اليمين بأن يقول الحالف «أحلف بالله» ويذكر الصيغة التى أقرتها المحكمة ، ولمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة فى ديانته اذا طلب ذلك ٠

(م ١٧٤٣ من المجلة ونصها : اذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله والله أو بالله مرة واحدة بدون تكرار و١٢٧ ـ ١٢٨ اثبات مصرى و١٢٩ ـ ١٣٠ بينات سورى وفيها : «بأن يقول الحالف : والله » وم ٧٩ ـ ٦ و ٢ اثبات سودانى) ٠

المذكرة الايضاحية :

أريد فى هذه المادة بيان صيغة اليمين التى يؤديها الخصم ٠

والمقرر فى الفقة الاسلامى أن اليمين تكون بالله عز وجل وكذا بأى صفة من صفاته كالرحمن والرحيم ٠

والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام : «من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر» ٠ وقوله عليه الصلاة والسلام : «من حلف بغير الله فقد أشرك» ٠

وقد تؤكد اليمين بذكر أوصافه تعالى كأن يقول : والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان على ولا قبلى هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شىء منه ـ وذلك لأن أحوال الناس شتى : فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك ، وله أن يزيد على هذا ان شاء وله أن ينقص منه ٠ ولو أمر القاضى بعطف بعض أسماء الله على بعض فأتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لأن المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها ٠ ولو لم يغلظ جاز ٠

وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره ٠

وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير ٠

ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لأن المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل ٠

ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لمخالفة ذلك للحديث ٠ قال صاحب الهداية : وقيل فى زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضى أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق ولكن

الظاهر أنه يراد بهذه اليمين (بالطلاق) التخويف وطمانينة المدعى ولكن لايقضى بالنكول فيها ٠

ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام ٠

(انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٨ - ٢٥٢ ٠ وتبصرة الحكام ، ١ : ١٨٤ - ١٨٥ ٠ والكاسانى ، البدائع ، ٦ : ٢٢٧ - ٢٢٨ ٠ وأبن نجيم ، البحر الرائق : ٧ : ٢١٣) ٠

والقاضى يعرض اليمين على المدعى عليه بأن يقول له : انى أعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه ٠ فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات ولم يحلف قضى عليه بالنكول ٠ وهذا التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة فى ابلاء الأعذار فهو للاستحباب والمذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز وهو الصحيح ٠ والأولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلاث مرات وصورة ذلك أن يقول القاضى للمدعى عليه : أحلف بالله مالهذا عليك مايدعيه وهو كذا وكذا ولاشئ منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول له : بقيت الثالثة ثم اقضى عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعى ٠

(الهداية وشروحها ٠ وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٣٩ - ٢٤٠)

(مـادة ١٣٢)

يعتبر فى حلف الأخرس ونكوله اشارته المعهودة ان كان لا يعرف الكتابة فان كان يعرفها فحلفه ونكوله بها ٠

(م ٢٠٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وم ١٧٥٢ من المجلة و ١٢٩ اثبات مصرى ، ١٣١ بينات سورى) ٠

المذكرة الايضاحية :

نص فى المجلة فى المادة ١٧٥٢ على أنه «تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين باشارته المعهودة» - وقد رؤى الأخذ بما نص عليه فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى المادة ٢٠٤ من أن الاشارة تعتبر اذا لم يكن الأخرس يعرف الكتابة اما ان كان يعرف الكتابة فيكون حلفه ونكوله بالكتابة فذلك أدق وأضبط كما فى الاقرار : لايعتبر اقراره بالاشارة اذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة (م ١٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) ٠

(مـادة ١٣٣)

تجوز النيابة فى التحليف ولكن لا تجوز فى اليمين ٠

ولا يجوز للوكيل فى الخصومة طلب اليمين من الخصم الآخر الا بتوكيل خاص ٠

(م ٢٠٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وم ١٧٤٥ من المجلة وقد اقتصرت على الفقرة الاولى)

المذكرة الايضاحية :

يجوز لمن ينوب عن صاحب الحق بوكالة أو وصاية أو ولاية توجيه اليمين بواسطة القاضى الى المدعى عليه ٠ ولكن لايجوز لواحد من هؤلاء أن يحلف بالنيابة عمن يقوم مقامه اذ القاعدة هى أن النيابة تجرى فى الاستحلاف ولا تجرى فى الحلف ، ووجهه ظاهر ٠

وعلى ذلك اذا وجهت اليمين من المدعى الى أحد هـؤلاء فحلف فـلا يترتب على حلفه أو نكوله حكم ، والواجب فى هذه الحالة تحليف ذى الشأن الأصلى متى كان أهلا لأداء اليمين والا كانت الحجة بالنسبة له قاصرة على بينة المدعى لكن يجوز لكل واحد من هؤلاء أن يحلف على فعل نفسه من عقد أو تصرف باشره ٠

(أحمد أبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٣٩)

ولوكلاء الدعاوى أن يحلفوا الأخصام اذا فوض الموكلون اليهم ذلك٠ أما اذا توجهت اليمين الى الموكل فانه يلزمه أن يحلف هونفسه ٠ ومثل الوكيل الوصى والمتولى وأبوالصغير فانهم يملكون الاستحلاف ولايحلف أحد منهم الا اذا ادعى عليه العقد ٠

ومما يتفرع على هذا أنه اذا ادعى أحد على الميت مالا فله أن يحلف كل الورثة ولا يكتفى بيمين أحدهم لأن النيابة لاتجرى فى الحلف ولو ادعى الورثة مالا لمورثهم على انسان وحلف أحدهم المدعى عليه عند القاضى كفى ذلك فليس لبقية الورثة أن يحلفوه لأن النيابة تجرى فى الاستحلاف ٠

(أحمد أبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٨ ٠ والدر والتكملة)

(مـادة ١٣٤)

اذا حلف أحد على فعله يحلف على البتات ٠ واذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم ٠

(م ١٧٤٨ من المجلة وأنظر م ١١٥ اثبات مصرى و ٤١١ مدنى مصرى و ١١٤ بينات سورى) ٠

المذكرة الايضاحية :

الضابط للتحليف أنه أن كان على فعل نفسه فهو على البتات والقطع كأن يحلف بالله ما اشترى أو ما باع ٠٠٠ الخ وأن كان على فعل غيره يكون على العلم كأن يحلف بالله ما يعلم أن على مورثه الدين الذى يدعيه فلان ولاشئ منه ٠ وذلك لأنه اذا حلف على فعل غيره على البتات وهو لايحيط علما بما فعل غيره فربما يمتنع عن اليمين مع كونه محقا فيما يقول فيتضرر ٠ فأكتفى بتحليفه على العلم رفعا للحرج عنـه حتى اذا امتنع عن الحلف فى هذه الحالة اعتبر نكوله عند أبى حنيفة بدلا أى تركا للخصومة وعند الصاحبين اقرارا أى بدلا عن الاقرار وقائما مقامه (أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤١ وما بعدها) ٠

قالوا : ومع ذلك اذا جازف وحلف على البتات اعتبر يمينـه لأن البتات آكد من العلم ، ولو تعين أن يحلف على البتات فحلف على العلم لا يعتبر ذلك ولا تسقط عنه اليمين ووجهه ظاهر ٠

(أنظر الهداية ٠ وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٣) ٠

واليمين دائما تكون على النفى حتى يتأتى بها الاستيعاب وهى اما على نفى الفعل أو نفى العلم واما على نفى السبب أو نفى الحكم (أحمـد ابراهيم طرق القضاء ، ص ٢٥٨ و ٢٥٣ ومابعدها ٠ و م ١٧٤٩ من المجلة) ٠

(مادة ١٣٥)

لا يعتبر الحلف أو النكول الا اذا كان أمام المحكمة :

(م ١٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و م ١٤٤٤ و ١٧٤٧ و ١٧٥١ من المجلة) .

المذكرة الايضاحية :

يشترط أداء اليمين أمام القاضي .

فاذا اصطلحا على أن يحلف عند غير القاضي ويكون بريئا فهو باطل لأن التحليف حق القاضي بطلب المدعى فلا عبرة ليمين ولا نكول عند غير القاضي .

وفي تبصرة الحكام (١ : ١٩٢) : « واذا حلف الخصم دون حضور خصمه لم يجزئه اليمين . وكذلك اذا بدر باليمين بحضور خصمه قبل أن يسأله ذلك فان لم يرض بها لم تجزه » .

وفي القانون : اليمين اما أن تكون قضائية تؤدى أمام القضاء أو غير قضائية تؤدى أن يتفق على تاديتها في غير مجلس القضاء . واليمين غير القضائية ليس لها أحكام خاصة بل تتبع في شأنها القواعد العامة . أما اليمين القضائية فهى المقصودة هنا وهي التي تكون أمام المحكمة . (أنظر السنهوري ، الوسيط ، جـ٢ ، البند ٢٦٥ص ٥١٤-٥١٥) .

(مادة ١٣٦)

اذا اجتمعت دعاوى مختلفه يكفي فيها يمين واحدة على جميعهـا ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة .

(م ٢٠٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و م ١٧٥٠ من المجلة)

المذكرة الايضاحية :

تعرض هذه المادة لحالة ما اذا اجتمعت دعاوى مختلفه فالحكم في هذه الحالة أنه تكفي يمين واحدة عن الكل كما لوادعى عليه دراهم ودنانير وعروضا وعقارا مثلا وأنكر المدعى عليه وأراد تحليفه فالقاضي يجمع الكل ويحلفه يمينا واحدة .

(احمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٧ - ٢٥٨ ، وانظر تبصرة الحكام ١ : ١٩٢ - ١٩٣ و ١٩٤ - ١٩٥)

(مادة ١٣٧)

من افتدى يمينه أو صالح عنه بمقدار من المال سقط حق المدعى في تلك اليمين .

المذكرة الايضاحية :

من ادعى على آخر مالا فانكره فطلب يمينه فافتداها أو صالح عنها على مقدار من المال جاز ذلك . والافتداء يكون بمال مثل المدعى أو أقل منه . وأما الصلح عن اليمين فيكون على مال أقل من المدعى في الغالب لأن الصلح ينبىء عن الحطيطه وكلاهما مشروع وقد افتدى عثمان رضى الله عنه يمينه .

واذا افتدى يمينه أوصالح عنها فقد سقط حق المدعى في تلك اليمين فليس له أن ينقض ما حصل ويستحلف المدعى عليه ثانيا لأن الساقط لا يعود .

(الهداية وشروحها . وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٥٧) .

(مادة ١٣٨)

اذا عجز المدعى عن اثبات دعواه وطلب تحليف خصمه فحلف أونكل حكم بمقتضى الحلف أو النكول .

(م ١٩٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وم١٧٤٢ و١٧٥١من المجلة)

(وانظر في اليمين الحاسمة م ١١٢ و ١١٣ بينات سوري و ٤٧١مدني عراقي و٤١٠ مدني مصري و١١٤ اثبات مصري و٧٥ اثبات سوداني و١١٢ - ١١٣ بينات سوري) .

المذكرة الايضاحية :

١ - بعد تمام دعوى المدعى يسأل القاضي المدعى عليـه عما قاله المدعى فان أقر المدعى عليه بما قاله المدعى ألزمه القاضي بما أقر به ، وان أنكر سأل المدعى البينة فان عجز حلف المدعى عليه بطلب المدعى ، فان حلف بقي المدعى في يده ومنع المدعى من التعرض له ويسمى هذا قضاء ترك . وان نكل قضى عليه بما ادعاه المدعى قضاء استحقاق لما لو ثبت بالاقرار أو البينة

اذا قال المدعى لى بينة على دعواى فاما أن تكون بينة حاضرة بمجلس القاضي ، أو حاضرة بالمصر الذى فيه القاضي ، أو غائبة عنه .

فان كانت البينة غائبة عن المصر وطلب المدعى يمين المدعى عليه أجابه القاضي الى طلبه اتفاقا تيسيرا عليه وعلى خصمه في رفع المئونة والانتظار .

وان كانت البينة حاضرة بمجلس القاضي وطلب يمين خصمه لا يجيبه القاضي الى طلبه بالاتفاق لارتفاع الحرج عن المتخاصمين بحضـور البينة .

وان كانت البينـة حاضرة بالمصر وطلب يمين خصمه : فعلى قول ابى حنفية لا يجيبه القاضي الى طلبه بل يكلفه احضار البينة . وعلى قول ابى يوسف يجيبـه الى طلبه ولا يكلفه احضـار البينة . ومحمد مع أبى يوسف على رواية الخصـاف ومع أبى حنيفة على رواية الطحاوى كما في الهداية .

استدل أبو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ، ومعلوم أن كلمة « على » تفيـد الوجوب فالمنكر مستحق عليه اليمين والمستحق لها هو المدعى فاليمين اذن حق للمدعى على المدعى عليه . وأظهر من هذا قوله عليه الصلاة والسلام : « لك يمينه » حيث أضاف اليه اليمين بلام الملك والاختصاص .

واستدل أبو حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم للمدعى : « الك بينة ؟ » فقال : لا ، فقال «لك يمينه» فقد ذكر اليمين بعدما عجز المدعى عن البينة وهذا يدل على أن ثبوت حق المدعى فى اليمين مرتب على عجزه عن اقامة البينة ٠

واذا كانت البينة حاضرة بالمصر فكانها كالحاضرة بمجلس القاضى بجامع القدرة على اقامتها فى كل ٠

وظاهر المادة ١٩٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التمشى مع قول أبى حنيفة اذ جاء فيها ما نصه : « اذا عجز المدعى عن اثبات دعواه أو اعتبر عاجزا وطلب تحليف خصمه فحلف أو نكل حكم بمقتضى الحلف أو النكول ،، ٠

وانما صارت اليمين حقا للمدعى لأن المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهى الغموس ان كان كاذبا كما يزعم المدعى وهذا أعظم من اتواء المال ٠ فان كان الحالف صادقا حصل له الثواب بذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم٠

واذا حلف القاضى المدعى عليه بطلب المدعى فحلف فالمدعى لايزال على دعواه ولا يبطل حقه بيمين المدعى عليه الا أنه ليس له أن يخاصمه بعد ذلك مالم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها وقضى له بها غير أن المدعى اذا كان قد حصر شهوده أو قال لا بينة لى : فعلى قول أبى حنيفة لاتقبل منه البينة بعد ذلك للتناقض الظاهر ، وعلى قول محمد يجاب الى طلبه وتسمع بينته لأنه ربما كان له بينة فى الواقع ولم يعرفها ثم عرفها أو نسيها ثم تذكر ٠ ومذهب محمد هو الظاهر من الوجهة النظرية وعليه المتون غير أن فى العمل بقول أبى حنيفة اقفالا لباب كبير من أبواب التزوير فكان هو الأرجح من الوجهة العملية وهو المختار فى المجلة (انظر المادة ١٧٥٣) وفى اللائحة غير أنه استثنى فى اللائحة شهادة الحسبة لأنها من حقوق الله (انظر المادتين ١٩١ و ١٩٦ منها وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٣١ – ٢٣٥) ٠

٢ – واليمين على المدعى عليه لأحاديث كثيرة منها :

ما روى البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه ٠

وروى أحمد ومسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه ٠

وأخرج البيهقى هذا الحديث باسناد صحيح بلفظ : البينة على المدعى واليمين على من أنكر ٠

وروى مسلم والترمذى عن وائل بن حجر : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمى : يارسول الله ان هذا قد غلبنى على أرض كانت لأبى ، فقال الكندى هى ارضى فى يدى ازرعها ليس له فيها حق ، فقال صلى الله عليه وسلم للحضرمى : الك بينة ؟ قال : لا ٠ قال : فلك يمينه ٠ فقال يارسول الله : الرجل فاجر لايبالى على ما حلف عليه وليس يتورع من شئ ٠ قال : ليس لك منه الا ذلك ٠ فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر الرجل ٠ أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض ٠

فهذه الأحاديث وما فى معناها تدل على أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ٠

وقد ذهب الجمهور وحملوا ما ورد فى ذلك على عمومه فى حق كل أحد سواء أكان بين المدعى والمدعى عليه اختلاط فى المعاملة أم لا ٠

واشترط المالكية لتوجيه اليمين أن يكون بين المدعى والمدعى عليه اختلاط فى المعاملة لئلا يبتذل أهل السفة أهل الفضل بتحليفهم مرارا ولهم فى ذلك استثناءات ٠

(انظر التبصرة ، ج ١ ، ص ١٩٦ – ٢٠١) ٠

وقال الاصطخرى من الشافعية : ان قرائن الحال اذا شهدت بكذب المدعى لم يلتفت اليه ٠

(انظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ٢٣٥ – ٢٣٦ والسنهورى ، الوسيط جـ ٢ الهامش ٢ ص ٥٢٤ – ٥٢٥) ٠

واذا برهن المدعى على دعواه فطلب المدعى عليه من القاضى أن يحلف المدعى على أنه محق فى الدعوى أو على أن الشهود محقون فى الشهادة لا يجيبه القاضى الى ما طلب – قالوا لأنه خلاف الشرع (أحمد ابراهيم ص ٢٥٩) ٠

هل يشترط طلب الخصم اليمين :

الدعوى اما أن تكون من حقوق العباد أو من حقوق الله (أى دعوى حسبة) ٠ فان كانت من حقوق الله فالذى يوجه اليمين فيها الى المدعى عليه هو القاضى محافظة على حق الله تعالى ولو لم يطلب المدعى ذلك منه (م ٢٠٣ من اللائحة) ويظهر ذلك فى دعوى الطلاق والعتق واشباه ذلك ٠

واما ان كانت الدعوى من حقوق العباد فالقاضى هو الذى يوجه اليمين الى المدعى عليه لكن بشرط طلب المدعى ذلك منه فان حلفه القاضى من تلقاء نفسه أو حلفه المدعى بدون توجيه اليمين من القاضى فالأحكام التى تبنى على ذلك باطلة (انظر م ١٧٤٧ من المجلة) ٠

قال فى تبصرة الحكام (ج ١ ص ١٨٩) : « فصل – لابد من حضور المحلوف له أو وكيله لتقاضى اليمين فان تغيب وكل القاضى من يقتضيها اذا ثبت عنده تغيبه ولا يحلف القاضى المدعى عليه

الا بسؤال خصمه أو قرينة حال تدل على طلبه لذلك من القاضي ، قاله المازري .

وقال فيها أيضا (١ : ١٩٠) :

« فصل - في حكم النكول عن اليمين - ونعني به نكول المدعى عليه أو المدعي اذا توجهت عليه اليمين فتنكل عنها : ولا يثبت الحق على المدعى عليه بمجرد نكوله كمذهب أبي حنيفة بل لابد مع نكوله من يمين المدعي ويتم نكوله بقوله لا أحلف وكذلك قوله أنا ناكل عن اليمين أو بقوله للمدعي احلف انت . وأما تماديه على الامتناع من اليمين فان كان مع نطقه بمثل هذه الالفاظ فلا اشكال وان كان بدون هذه الالفاظ فهو يشبه الامتناع من الجواب وقد تقدم حكم ذلك في القسم الثالث من أقسام الجواب عن الدعوى » .

وأبو حنيفة يعتبر النكول بذلا - أي تركا للمنازعة (لا الهبة والتمليك) وعند الصاحبين النكول اقرار أو قائم مقام الاقرار (أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

وانظر تكملة فتح القدير ، ٦ : ١٦٣ - ١٦٥ والسنهوري ، الوسيط ، ج ٢ الهامش ٤ ص ٥٧٠) .

(مادة ١٣٩)

اذا كلف القاضي من توجه اليه اليمين ، في الدعاوى المتعلقة بالمعاملات ، باليمين ونكل عنها صراحة بقوله لا أحلف أو دلالة بالسكوت بلا عذر حكم القاضي بنكوله واذا أراد أن يحلف بعد الحكم فلا يلتفت اليه ويبقى الحكم على حاله .

(م ١٧٥١ من المجلة) .

المذكرة الايضاحية :

١ - هل يفترض القضاء فور النكول أي عقبه بدون تراخ ؟ في المسألة خلاف . قال في الدر : انه لم ير في ذلك ترجيحا . وفي تكملة الفتح أن فيه اختلافا ولم يذكر الترجيح أيضا .

٢ - قضى عليه بالنكول ثم أراد أن يحلف فلا يلتفت اليه والقضاء على حاله لأنه أبطل حقه بالنكول فلا ينقض القضاء . وانما قيدنا بالقضاء لأنه لو نكل ثم أراد أن يحلف بعد نكوله قبل القضاء جاز ذلك وقبل منه لأن النكول لا يصير حجة ملزمة الا اذا اتصل به القضاء ولو كان حلفه بعد العرض ثلاثا وهذه جهة أخرى لضعف النكول لأن المدعى عليه يملك ابطاله قبل القضاء مع أنه لا يملك ابطال الاقرار الصادر عنه .

٣ - أما لو قضى عليه بالنكول ثم جاء المدعي بالبينة فانه يقضى بها كما يقضى بها بعد الاقرار وفائدة قبولها بعد لزوم حق المدعي بالقضاء تعدية الحكم الى غيره .

٤ - لو ادعى على آخر دينا مؤجلا فانكر لا يحلف على الدين المؤجل في أظهر القولين وعلله الحموي بأنه قبل حلول الأجل لا تسوغ له المطالبة به حتى يترتب على انكاره التحليف .

(أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٧ - ٢٤٨)

وقال في التبصرة (١ : ١٩١) « واذا تم نكوله بالنطق أو الامتناع من اليمين على ما تقدم ثم قال بعد ذلك أنا أحلف لم يقبل منه ولم يلزم ذلك خصمه الا ان يشاء وهذا مثل من قام له شاهد بحق وأبى ان يحلف معه ورد اليمين على المطلوب ثم بدا له وأراد أن يحلف فليس له ذلك » .

(مادة ١٤٠)

يجب على من يوجه الى خصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة .

(م ١٢٢ اثبات مصري و٧٦ - ١ اثبات سوداني وم١٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « يجب على المحكمة أن تبين في محضرها الوقائع التي يستحلف الخصم عليها . وعلى من توجهت عليه أن يحلف كما قررت المحكمة » .

(مادة ١٤١)

للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها .

(م ١٢٣ اثبات مصري و٧٧ - ١ اثبات سوداني وم ١٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وتقدم نصها) .

(مادة ١٤٢)

اذا لم ينازع من وجهت اليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى وجب عليه ان كان حاضرا بنفسه أن يحلفها فورا والا اعتبر ناكلا . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعادا للحلف اذا رأت لذلك وجها . فان لم يكن حاضرا وجب تكليفه على يد محضر الحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، فان حضر وامتنع دون أن ينازع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلا كذلك .

(م ١٢٤ اثبات مصري و٢٠٠ - ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و١٢٦ بينات سوري و٧٨ اثبات سوداني) .

المذكرة الايضاحية :

أخذ في هذه المادة بمذهب أبي حنيفة . بعدم رد اليمين خلافا لمن يقول بردها أو بردها في بعض الأحوال وعدم ردها في البعض الآخر (ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١١٦ وما بعدها ، وأحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٦٣ - ٢٦٩) والقانون بالأخذ برد اليمين (راجع المواد المشار اليها فيما سبق) .

(مادة ١٤٣)

اذا نازع من وجهت اليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه ، بينت في منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم ان لم يكن حاضرا بنفسه ويتبع ما نص عليه في المادة السابقة .

(م ١٢٥ اثبات مصري و١٢٧ بينات سوري)

(مادة ١٤٤)

اذا كان لمن وجهت اليه اليمين عذر يمنعه من الحضور انتقلت المحكمة أو ندبت احد قضاتها لتحليفه ٠

(م ١٢٦ اثبات مصرى و٢٠٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأضافت « بحضور الخصم الآخر » و١٢٨ بينات سورى مع اضافة : « ويحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضى المنتدب والكاتب » و٨١ اثبات سودانى » ٠

(مادة ١٤٥)

يحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضى المنتدب والكاتب ٠

(م ١٣٠ اثبات مصرى وعجز ١٢٨ بينات سورى و١٩٩ و٢٠٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) ٠

الباب السادس

القرائن

تمهيد

تنقسم القرائن الى قرائن شرعية وقرائن قضائية ، والأولى ما نص عليه الشارع أو استنبطه أئمة الشريعة باجتهادهم،والثانية مايستنبطه القاضى من الحادثة التى ينظرها وما يكتنفها ٠

القرينة الشرعية :

يعرف الشرع الاسلامى العرائن الشرعية (القانونية) ومنها :

- تبوت نسب الولد من أبيه وهو الزوج شرعا فالولد للفراش وقيام الزوجية قرينة على أن الولد من الزوج ٠ وهذه القرينة تقبل اثبات العكس ٠ ولكن بطريق خاص وهو طريق اللعان ٠
- الحكم بموت المفقود اذا مات أقرانه واتخاذ ذلك قرينة على موته ٠
- التصرف فى مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية ٠
- تصرفات المفلس الضارة بالدائنين مردودة لقيام القرينة على سوء قصده ٠
- وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة ظاهرة على ايفاء الدين ٠

(نظر أحمد ابراهيم ، طرق القضاء ، ص ٤٢٧ - ٤٣٠ والسنهورى الوسيط ج ٢ الهامش ١ ص ٦٠٠ - ٦٠١ ٠ وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج ١ ص ٢٠٢ و ج ٢ ص ١١١ ٠ وابن القيم ، الطرق الحكميه ، ص ٣ وما بعدها و ٤٦ وما بعدها) ٠

(مادة ١٤٦)

القرينة الشرعية تغنى من قررت لمصلحته عن أية طريقة اخرى من طرق الاثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ٠

(م ٤٠٤ مدنى مصرى و ٩٩ اثبات مصرى و ٥٠٢ مدنى عراقى و ٨٩ بينات سورى و ٦٧ اثبات سودانى) ٠

المذكرة الايضاحية :

١ - يتناول هذا النص حجية القرائن الشرعية ويورد بشانها قاعدتين : الأولى تتعلق بمن تقرر القرينة لمصلحته ٠ والثانية تتعلق بمن يحتج عليه بالقرينة ٠

٢ - القاعدة الأولى : لا يعدو موقف من يتمسك بقرينة عن مجرد الاستناد الى واقعة شرعية يفترض القانون قيامها ويقيل بذلك من تحمل عبء اقامة الدليل عليها ، بيد أن هذه الاقالة لاتتناول الا تلك الواقعة ممثلة فى القرينة الشرعية ذاتها ، بمعنى ان من واجب من يتمسك بقرينه من القرائن أن يقيم الدليل على اجتماع الشروط التى يتطلبها القانون لقيامها ٠

٣ - القاعدة الثانية : يفرق الفقه بالنسبة لحجية القرائن بين القرائن القاطعة أو المطلقة ، وهى التى لا يجوز نقض دلالتها باثبات العكس ، وبين القرائن البسيطة وهى التى يجوز اسقاط دلالتها باقامة الدليل العكسى ٠ ويفرق الفقه كذلك بين اثبات العكس بالاقرار واليمين وبين اثبات العكس بسائر الطرق القانونية كالكتابة والبينة والقرائن وغيرها ٠

ويراعى أن هذه القاعدة الثانية تقضى وفقا لهذا النص بان الأصل فى القرينة هو جواز اثبات العكس والاستثناء هو عدم جواز ذلك ٠

(مادة ١٤٧)

١ - الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ٠ ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا فى نزاع قام بين الخصوم انفسهم، دون أن تتغير صفاتهم ، وتتعلق بذات الحق محلا وسببا ٠

٢ - وتقضى المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها ٠

(م ٤٠٥ مدنى مصرى وم ١٠١ اثبات مصرى و ١٨٤٠ من المجلة) ٠

المذكرة الايضاحية :

١ - تتصل حجية الشيء المقضى به بآثار الأحكام • ولم تقتصر هذه المادة على اقامة قرينة الحجية دون جواز قبول اى دليل لنقضها، بل تناولت أيضا موضوع هذه الحجية وشروطها • وهذا هو منحى بعض التقنينات الأجنبية • على أن التقنين البرتغالى لا يدرج حجية الشيء المقضى به فى عداد القرائن بل يدخلها فى نطاق الأدلة الكتابية •

والواقع أن حجية الشيء المقضى به تنطوى على معنى الدليل ، وان كانت قاعدة من قواعد نظام القضاء ، ولذلك رؤى ابقاء النص الخاص بها فى هذا المشروع بين النصوص الخاصة بالقرائن الشرعية ، على غرار ما هو متبع فى اكثر التقنينات •

٢ - وقوام حجية الشيء المقضى به هو ما يفرضه القانون من صحة مطلقة فى حكم القاضى فهذه الحجية تفترض تنازعا بين المصالح يستتبع الترافع الى القضاء وليس شك فى أن صحة الحكم لا تعتبر حتما تقتضيه طبيعة الأشياء ذلك أن القضاة تعوزهم العصمة شأنهم فى هذه الناحية شأن البشر كافة • بيد أن المشروع أطلق قرينة الصحة فى حكم القاضى • فأساس هذه القرينة هو النص المقرر لحجية الشيء المقضى به •

ويرمى الشارع من وراء تقرير حجية الشيء المقضى به الى كفالة حسن سير العدالة وضمان الاستقرار من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية • فحكم القضاء يجب أن يضع حدا لكل نزاع ما دامت طرق الطعن المقررة قد استنفدت بازائها ويجب كذلك أن تكون بمأمن من التعارض مع حكم لاحق - وهو أمر يصبح يسير الوقوع لو أبيح عود الخصوم أنفسهم الى عين الدعوى التى قضى فيها نهائيا •

٣ - وينحصر أثر القرينة القانونية الخاصة بحجية الشيء المقضى به فى تخويل الخصوم حق الدفع بسبق الفصل وفى تخويل المحاكم حق اثارته من تلقاء نفسها - ويراعى ان هذا الدفع يعتبر دفعا قطعيا بعدم القبول ، يترتب عليه « امتناع التقاضى بالنسبة لكل طلب أو ادعاء جديد بين الخصوم أنفسهم متى اتحد مع ما سبق الفصل فيه سببا وموضوعا » • وعلى هذا النحو يمتنع على الخصوم الترافع الى القضاء لاعادة طرح نزاع سبق الفصل فيه •

٤ - وفيما يتعلق بالفقرة الثانية من هذه المادة فان المراد ان المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى أو بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها اذا كانت الدعوى قد رفعت بعد سابقة صدور حكم فى موضوعها مع وحدة الخصوم والسبب •

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز للخصم أن يتنازل عن الحكم الصادر لمصلحته الا اذا تنازل عن الحق الثابت بهذا الحكم وانتهى بهذا التنازل النزاع الذى تناوله الحكم •

(مادة ١٤٨)

لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى الا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا •

(م ٤٠٦ مدنى مصرى ١٠٢ اثبات مصرى و م ١٨٤٠ مجلة) •

المذكرة الايضاحية :

١ - ان حجية الأحكام الجنائية تنطوى على معنى الاطلاق من ناحية ومعنى الاقتصار من ناحية أخرى •

(أ) فهى مطلقة بمعنى أن ما تقضى به المحاكم الجنائية يكون ملزما للكافة • وذلك اتقاء لتعارض الأحكام •

(ب) وهى قاصرة بمعنى أن نطاق الزامها لا يجاوز ما قضى به فعلا ، اى ما فصل فيه الحكم • ففى حالة عدم الحكم بعقوبة يجوز للقاضى المدنى أن يحكم على المتهم بالتعويض ، دون ينطوى حكمه هذا على تعارض مع الحكم الجنائى • فالواقع أن عدم القضاء بالعقوبة قد يرجع الى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو بالتقادم أو بالعفو الشامل ، وازاء ذلك لا يحكم القاضى بالعقوبة لتوافر هذا السبب أو ذاك ، دون أن يفصل فى الواقعة التى أسست عليها الدعوى الجنائية • وما دام القاضى الجنائى قد اقتصر على الفصل فى أن الواقعة المنسوبة الى المتهم يمتنع توقيع عقوبة بشأنها ، فللقاضى المدنى، والحالة هذه ، أن يقضى بالتعويض ، دون أن يعارض بذلك ما قضى به جنائيا ، وأن يؤسس قضاءه على الواقعة نفسها ، بوصفها تقصيرا مدنيا وقع من المتهم • ثم ان الحكم بالبراءة قد لا ينفى قيام التقصير المدنى أيضا ، اذ ليس ثمة تلازم بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية • فيجوز أن يقتصر نطاق الدعوى العمومية على فعل معين لا يستتبع مسئولية جنائية ، ولكنه يستتبع مسئولية مدنية • وفى هذه الحالة تفصل المحكمة الجنائية فى المسئولية الجنائية وحدها وتقضى بالبراءة ، ولو أن الواقعة التى فصلت فيها أو وقائع أخرى لم تنظر فيها قد تكون أساسا لدعوى مدنية فيجوز مثلا أن يبرأ المتهم من جريمة مخالفة قواعد المرور مع الحكم عليه بالتعويض عن تقصير مدنى لا يصدق عليه وصف الجريمة • فاذا اقتصر القاضى الجنائى على الفصل فى أن الواقعة المنسوبة الى المتهم لا تعتبر جريمة جاز للقاضى المدنى أن يقضى بالتعويض دون أن يناقض بذلك ما قضى به جنائيا •

٢ - فالشرط الجوهرى فى انتفاء حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة ، أو بانتفاء وجه استيفاء العقوبة ، أمام المحاكم المدنية ، هو اقتصار القاضى الجنائى على الفصل فى الواقعة الجنائية دون الفصل فى نسبتها •

ويتحقق هذا الشرط متى قضى الحكم بأن الواقعة لم يعد وجه لاستيفاء العقوبة بشأنها ، أو انها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة) . ولكن لوفرض أن القاضى أسس البراءة على نفى نسبة الواقعة الى المتهم ، كان لحكمه قوة الشيء المقضى به بشأن هذه النسبة ، وتعين على القاضى المدنى أن يفصل طبقا لهذا القضاء .

القرينة القضائية :

(مـادة ١٤٩)

يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن الا فى الأحوال التى يجيز فيها القـانون الاثبات بالشهادة .

(م ٤٠٧ مدنى مصرى و ١٧٤٠ ـ ١٧٤١ من المجلة) .

المذكرة الايضاحية :

١ ـ يقوم الاثبات بالقرائن غير المقررة فى القانون على تفسيرالقاضى لما هو معلوم من الامارات والوقائع تفسيرا عقليا لتكوين اعتقاده ، من طريق استخلاص الواقعة المجهولة التى يراد اقامة الدليل عليها من مقومات هذا المعلوم .

٢ ـ شروط قبول الاثبات بالقرائن :

ويرد الاثبات بالقرائن فى المرتبة الثانية ولذلك نص على أنه «لايجوز الاثبات بهذه القرائن الا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الاثبات بالشهادة » ، ويتفرع على ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الاثبات بالشهادة تسرى على القرائن دون استثناء .

٣ ـ حجية القرائن :

وللقاضى كل السلطة فى تقدير حجية القرائن ، على أن اجماع الفقـه قد انعقد على أن القاضى لا يتقيد بعدد القرائن ولا بتطابقها فقد تجزىء قرينة واحدة متى توافرت على قوة الاقناع .

الباب السابع

المعاينة

(مـادة ١٥٠)

للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقـرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو أن تندب أحد قضاتها لذلك .

وتحرر المحكمة أو القاضى محضرا تبين فيه جميع الأعمال المتعلقـة بالمعاينة والا كان العمل باطلا .

(م ١٣١ اثبات مصرى و ٢٠٧ و ٢٠٩ من لائحة ترتيب المحـاكم الشرعية مع عدم ذكر البطلان و ١٣٤ بينات سورى ونصها :

١ ـ يجوز للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم معاينة المتنازع فيه بجلبه الى المحكمة أو الانتقال اليه ولهـا أن تنتدب أحد قضاتها لهذه الغاية .

ويذكر فى القرار الصادر فى هذا الشأن موعد المعاينة .

٢ ـ ولها أن تنيب عنها فى ذلك المحكمة التى يقع فى منطقتهـا الشيء المتنازع فيه . وفى هذه الحالة يبلغ قرار الانابة الى رئيس هـذه المحكمة ويتضمن جميع البيانات المتعلقة بالخصوم وموضوع المعاينـة .

و م ١٣٧ ونصها :

« ١ ـ يحـرر محضر بالأعمال المتعلقـة بالمعاينة ويودع اضبارة الدعوى .

٢ ـ واذا عهد بالمعاينة الى محكمة أخرى بطريق الانابة وجب عـلى هذه المحكمة أن توافى المحكمة التى قررت المعاينة بمحضرها » .

وم ٨٤ اثبات سودانى ونصها :

« ١ ـ للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصـوم أن تقرر الانتقال لمعاينة الشيء المتنازع فيه .

٢ ـ تحرر المحكمة محضرا تبين فيه جميع ملاحظاتها دون أن تثبت انطباعاتها عن المعاينة أو رأيها الخاص »)

(مـادة ١٥١)

للمحكمة أولمن تندبهمن قضاتها حال الانتقال تعيين خبير للاستعانةبه فى المعاينة ، ولها وللقاضى المنتدب سماع من يرى سماعه من الشهود وتكون دعـوة هؤلاء للحضـور بطلب ولو شفويا من كاتب المحكمة .

(م ١٣٢ اثبات مصرى و ٢١٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعيـة ونصها :

« يجوز للمحكمة أو لمن تندبه من قضاتها تعيين أهل خبرة للاستعانة به فى المعاينة » وم ١٣٦ بينات سورى ونصها : « للمحكمة أو القاضى الذى انتدب للمعاينة ، وللمحكمة المنابة لهذه الغاية تعيين خبراءيتولون القيام بمهمتهم على الفور أو سماع من يكون سماعه ضروريا من الشهود» وم ٨٥ اثبات سودانى ونصها :

« للمحكمة تعيين خبير للاستعانة بهفى المعاينة ولها كذلك سماع من ترى لزوما لسماعه من الشهود . وتكون دعوة هؤلاء للحضور بالطريقة التى تراها المحكمة مناسبة

(مـادة ١٥٢)

يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن وبالطرق المعتادة من قاضى الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة وتراعى فى هذه الحالة الأحكام المبينة فى المواد السابقة .

(م ١٣٣ اثبات مصرى) .

(مـادة ١٥٣)

يجوز للقاضى فى الحالة المبينة فى المادة السابقة ، أن يندب أحد الخبراء للانتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين . وعندئذ يكون عليه أن يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله .

وتتبع القواعد المنصوص عليها فى الباب الخاص بالخبرة .

(م ١٣٤ اثبات مصرى) .

الباب الثامن

الخبرة

المذكرة الايضاحية :

للخبرة سندها فى الفقه الاسلامى وفيما يلى بعض أقوال الفقهاء فى أهل الخبرة وكذا فى القافة وهى تطبيق للاستعانة بأهل الخبرة .

قال فى تبصرة الحكام ، ٢ : ٧٤ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩:

« فى القضاء بقول أهل المعرفة : ويجب الرجوع الى قول أهل البصر ومعرفة النخاسين فى معرفة عيوب الرقيق من الأماء والعبيد » .

ص ٧٦ : تنبيه : فى شهادة عرفاء البنيان والقسام فى عيوب الدار .

ص ٧٧ : فصل فى اختلاف أهل المعرفة .

ص ٧٨ : ويرجع الى ... أهل المعرفة فى عيوب الدور وما فيها من الصدوع والشقوق وسائر العيوب . فرع ــ ويرجع الى أهل المعرفة من التجار فى تقويم المتلفات وعيوب الثياب .فرع ــ ويرجع الى أهل المعرفة والنساء فى عيوب الفرج وفى عيوب الجسد مما لايطلع عليه الرجال. فرع ــ ويرجع الى أهل المعرفة بالجوائح وماينقص من الثمار . فرع ــ وكذلك يرجع الى أهل المعرفة بمسائل الضرر مما يحدثه الانسان على جاره أو فى الطرقات وأنواع ذلك » .

وقال ابن القيم فى الطرق الحكيمة (ص ١٢٨) : « ومنها ما يختص بمعرفة أهل الخبرة والطب كالموضحة وشبهها وداء الحيوان الذى لايعرفه الا البيطار فيقبل فى ذلك شهادة طبيب واحد وبيطار واحد اذا لم يوجد غيره ــ نص عليه أحمد » وكذا المغنى ، ١٢ : ١٦١

وفى ابن القيم أيضا (ص ١٠) . « ومن ذلك حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه من بعده رضى الله عنهم بالقافه وجعلها دليلا من أدلة ثبوت النسب وليس ههنا الا مجرد الامارات والعلامات » . وكذلك ص ٢١٦ ــ ٢٣٦ .

وتبصرة الحكام ، ٢ : ١٠٨ ــ ١١١ : « الباب التاسع والستون : فى القضاء بالقافة » .

وقد وردت الاستعانة بأهل الخبرة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون نمرة ٣١ لسنة ١٩١٠ فى الفصل الثامن من الباب الثالث وعنوانه « فى أهل الخبرة » فى المواد من ٢١١ الى ٢٤١ ونص فى المادة ٢١١ أنه « اذا رأت المحكمة أن تستعين بأهل الخبرة عينت واحدا أو ثلاثة ممن تثق بهم » .

وفى المادة ٢٤٠ أنه « لا تكون المحكمة مقيدة برأى أهل الخبرة » . ثم نقل ذلك الى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فى الفصل الثامن من الباب الثالث تحت عنوان « فى أهل الخبرة » فى المواد من ٢١١ الى ٢٤١ .

(مـادة ١٥٤)

للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة ويجب أن تذكر فى منطوق حكمها :

(أ) بيانا دقيقا لمأمورية الخبير والتدابير العاجلة التى يؤذن له فى اتخاذها .

(ب) الأمانة التى يجب ايداعها خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير وأتعابه والخصم الذى يكلف ايداع هذه الأمانة والأجل الذى يجب فيه الايداع والمبلغ الذى يجوز للخبير سحبه لمصروفاته .

(ج) الأجل المضروب لايداع تقرير الخبير .

(د) تاريخ الجلسة التى تؤجل اليها القضية للمرافعة فى حالة ايداع الأمانة وجلسة أخرى أقرب منها لنظر القضية فى حالة عدم ايداعها .

(هـ) وفى حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوى قبل اخبار الخصوم بايداع الخبير تقريره طبقا للاجراءات المبينة فى المادة ١٧١

(م ١٣٥ اثبات مصرى و ٢١١ و ٢١٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و١٣٨ و١٤٠ بينات سورى و ٨٦ ــ ١ و ٨٧ اثبات سودانى).

(مـادة ١٥٥)

اذا اتفق الخصوم على اختيار خبير أو ثلاثة أقرت المحكمة اتفاقهم .

وفيما عدا هذه الحالة تختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين أمامها الا اذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة . وعليها حينئذ أن تبين هذه الظروف فى الحكم .

وإذا كان الندب لمكتب الخبراء أو قسم الطب الشرعي أو أحد الخبراء الموظفين وجب على الجهة الادارية فور اخطارها بايداع الأمانة تعيين شخص الخبير الذى عهد اليه بالمأمورية وابلاغ المحكمة بهذا التعيين ويجرى فى حقه حكم المادة ١٦٠ .

(م ١٣٦ اثبات مصرى و ١٣٩ بينات سورى و ٨٦ - ١ اثبات سودانى) .

(مادة ١٥٦)

اذا لم تودع الأمانة من الخصم المكلف ايداعها ولا من غيره من الخصوم كان الخبير غير ملزم بأداء المأمورية وتقرر المحكمة سقوط حق الخصم الذى لم يقم بدفع الأمانة فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير اذا وجدت أن الأعذار التى أبداها لذلك غير مقبولة .

(م ١٣٧ اثبات مصرى و م١٤٣ بينات سورى ونصها : «اذا لم يودع من كلف من الخصوم المبلغ الواجب ايداعه خلال المهلة المعينة وفقا لأحكام المادة ١٤٠ جاز للخصم الآخر أن يقوم بايداع هذا المبلغ دون اخلال بحقه فى الرجوع على خصمه» . وم ٩٥ اثبات سودانى ونصها :

« (١) تقدر المحكمة أتعاب الخبير ومصروفاته مراعية فى ذلك أهمية الدعوى والأعمال التى قام بها والزمن الذى استغرقه فى أداء المهمة ويلزم بها الخصم الذى طلب ندب الخبير أو كان ندبه فى مصلحته وبعد الحكم فى الدعوى تدخل فى مصروفاتها ويلزم من يقضى الحكم بالزامه بها .

(٢) يجوز للمحكمة عند أمرها باجراء الخبرة أن تكلف الخصم الذى طلب ندب الخبير أو الذى كان ندبه فى مصلحته أن يودع خزانة المحكمة مبلغا تقدره لحساب أتعاب ومصروفات الخبير ») .

(مادة ١٥٧)

فى اليومين التاليين لايداع الأمانة يدعو قلم الكتاب الخبير - بكتاب مسجل - ليطلع على الأوراق المودعة ملف الدعوى بغير أن يتسلمها ما لم تأذن له المحكمة أو الخصوم فى ذلك وتسلم اليه صورة من الحكم .

(م ١٣٨ اثبات مصرى و ١٤٤ - ١ و ٢ بينات سورى وفيها أن الذى يدعو هو « القاضى المنتدب » .

(مادة ١٥٨)

اذا كان الخبير غير مقيد اسمه فى الجدول وجب أن يحلف أمام قاضى الأمور الوقتية - وبغير ضرورة حضور الخصوم - يمينا أن يؤدى عمله بالصدق والأمانة والا كان العمل باطلا .

(م ١٣٩ اثبات مصرى و م ١٤٤ - ٣ بينات سورى : « ويتعين على الخبير قبل البدء فى مهمته أن يؤدى أمام القاضى المنتدب يمينا بأن يقوم بها بأمانة وصدق . ولا ضرورة لحضور الخصوم عند أداء اليمين ولا لابلاغ محضر أدائها » و ٨٩ اثبات سودانى : « على الخبير أن يحلف أمام المحكمة قبل مباشرة مهمته يمينا بأن يؤدى عمله بالصدق والأمانة»)

(مادة ١٥٩)

للخبير خلال خمسة الأيام التالية لتاريخ تسلمه صورة الحكم من قلم الكتاب أن يطلب اعفاءه من أداء مأموريته ولرئيس الدائرة التى عينته أو القاضى الذى عينه أن يعفيه منها اذا رأى أن الأسباب التى أبداها لذلك مقبولة .

ويجوز فى الدعاوى المستعجلة أن تقرر المحكمة فى حكمها نقص هذا الميعاد .

فاذا لم يؤد الخبير مأموريته ولم يكن قد أعفى من أدائها جاز للمحكمة التى ندبته أن تحكم عليه بكل المصروفات التى تسبب فى انفاقها بلا فائدة وبالتعويضات ان كان لها محل وذلك بغير اخلال بالجزاءات التاديبية .

(م ١٤٠ اثبات مصرى و ١٤٥ - ١ و ٢ بينات سورى وتقابلان الفقرتين ١ و ٢ من هذه المادة دون الفقرة الثالثة) .

(مادة ١٦٠)

يجوز رد الخبير :

(أ) اذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم فى الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد رده .

(ب) اذا كان وكيلا لأحد الخصوم فى أعماله الخاصة أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونة وراثته له بعد موته أو كان له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس ادارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية فى الدعوى .

(ج) اذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلا عنه أو وصيا أو قيما عليه مصلحة فى الدعوى القائمة .

(د) اذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد اعتاد مؤاكلة أحدهم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هدية ، أو كان بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز .

(م ١٤١ اثبات مصرى ومادة ٢١٧ و ٢١٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونص الأولى (م ٢١٧) : « لا يقبل من أحد الخصوم رد أهل الخبرة المعينين بانتخابهم الا اذا كان سبب

الرد حادثا بعد التعيين » ونص الثانية (م ٢١٨) : « يجوز رد أهل الخبرة اذا كان ممن لا تقبل شهادته شرعا لأحد الخصوم » و ١٤٦ بينات سورى ونصها : « يجوز رد الخبراء للأسباب التى تبرر رد القضاة » .

(مـادة ١٦١)

يحصل طلب الرد بتكليف الخبير الخصوم أمام المحكمة أو القاضى الذى عينه وذلك فى الثلاثة الأيام التالية لتاريخ الحكم بتعيينه اذا كان هذا الحكم قد صدر بحضور طالب الرد والا ففى الثلاثة الأيام التالية لاعلان منطوق الحكم اليه .

(المادة ١٤٢ اثبات مصرى و ٢١٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « يجب أن يفصل فى رد أهل الخبرة فى أول جلسة الا لسبب يقتضى التأخير ويذكر فى المحضر » و م ١٤٧ ـ ١ بينات سورى) .

(مـادة ١٦٢)

لا يسقط الحق فى طلب الرد اذا كانت أسبابه قد طرأت بعد ذلك الميعاد أو اذا قدم الخصم الدليل على أنه لم يعلم بها الا بعد انقضائه .

(م ١٤٣ اثبات مصرى و م ٢١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) : « لا يقبل من أحد الخصوم رد أهل الخبرة المعينين بانتخابهم الا اذا كان سبب الرد حادثا بعد التعيين وم ١٤٧ ـ ٢ و ٣ بينات سورى : « .. (٢) لايسقط الحق فى طلب الرد اذا كانت أسبابه قد جدت بعد المدة المذكورة أو اذا قدم الخصم طالب الرد الدليل على أنه لم يعلم بتلك الأسباب الا بعد انقضائها . (٣) ولا يقبل طلب الرد فى حق من يختاره الخصوم من الخبراء الا اذا كان سبب الرد قد جد بعد أن تم الاختيار ») .

(مـادة ١٦٣)

لا يقبل من أحد الخصوم طلب رد الخبير المعين بناء على اختيارهم الا اذا كان سبب الرد قد حدث بعد تعيينه .

(م ١٤٤ اثبات مصرى و ٢١٧ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية و ١٤٧ ـ ٣ بينات سورى) .

(مـادة ١٦٤)

يحكم فى طلب الرد على وجه السرعة ولا يجوز الطعن فى الحكم الصادر فيه بأى طريق . واذا رفض طلب الرد حكم على طالبه بغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على عشرين جنيها .

(م ١٤٥ اثبات مصرى و ٢١٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « يجب أن يفصل فى رد أهل الخبرة فى أول جلسة الا لسبب يقتضى التأخير ويذكر ذلك فى المحضر » . و ١٤٨ بينات سورى : « ١ ـ يفصل على وجه السرعة فى طلب الرد فى أول جلسة بعد تقديمه . ٢ ـ ولايجوز الطعن فى الحكم الصادر فى هذا الطلب بأى طريق» . وم ٨٦ ـ ٢ اثبات سودانى : « اذا اعترض أحد الخصوم على شخص الخبير الذى عينته المحكمة فصلت فى الاعتراض على أساس ما تراه محققا للعدالة بحكم غير قابل لأى طعن » .

(مـادة ١٦٥)

على الخبير أن يحدد لبدء عمله تاريخا لا يجاوز الخمسة عشر يوما التالية للتكليف المذكور فى المادة ١٥٨ وعليه أن يدعو الخصوم بكتب مسجلة ترسل قبل ذلك التاريخ بسبعة أيام على الأقل يخبرهم فيها بمكان أول اجتماع ويومه وساعته .

وفى حالات الاستعجال : يجوز أن ينص فى الحكم على مباشرة العمل فى الثلاثة الأيام التالية لتاريخ التكليف المذكور على الأكثر وعندئذيدعى الخصوم باشارة برقية ترسل قبل الاجتماع الأول بأربع وعشرين ساعة على الأقل ـ وفى حالات الاستعجال القصوى يجوز أن ينص فى الحكم على مباشرة المأمورية فورا ودعوة الخصوم باشارة برقية للحضور فى الحال .

ويترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير .

(م ١٤٦ اثبات مصرى و م ٢٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ونصها : « بعد اطلاع الخبير على قرار تعيينه يحضر فى اليوم نفسه أمام رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه عند غيابه لتحديد الميعاد الذى يباشر فيه ماتعين له ويكتب محضرا بذلك .وعلى الخبير اعلان من لم يكن حاضرا من الخصوم بالميعاد المذكور » و م ١٤٩ بينات سورى ونصها : « ١ ـ اذا لم يطلب الخبير اعفاءه ولم يرد وجب على القاضى المنتدب أن يعين تاريخا قريبا لبدء أعمال الخبرة على أن لا يتجاوز هذا التاريخ الثمانية أيام التالية لانقضاء المهلة التى يجوز فيها طلب رد الخبير أو لصدور حكم برفض طلب الرد . ٢ ـ ويدعو القاضى المنتدب الخبير والخصوم قبل الموعد المعين بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مهل المسافة بمذكرة ترسل بواسطة ديوان المحكمة تتضمن بيان مكان أول اجتماع واليوم والساعة اللذين سينعقد فيهما ، ويقرر اتخاذ كل اجراء من شانه تيسير العمل وضبطه . ٣ ـ ويباشر الخبير عمله ولو فى غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح » و م ٩٠ اثبات سودانى « يباشر الخبير عمله ولو تغيب الخصوم بعد دعوتهم على الوجه الصحيح » .

(مـادة ١٦٦)

يجب على الخبير أن يباشر أعماله ولو فى غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح .

(م ١٤٧ اثبات مصرى وم ٢٢١ ـ ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : «وعلى الخبير اعلان من لم يكن حاضرا من الخصوم بالميعاد المذكور » وم ٢٢٢ : « على الخصوم أو وكلائهم أن يحضروا مع أهل الخبرة وقت مباشرة العمل فان لم يحضروا أو أحدهم فلأهل الخبرة مباشرة العمل فى حالة الغيبة وكان عملهم حينئذ معتبرا » وم ١٤٩ ـ ٣ بينات سورى : « ويباشر الخبير عمله ولو فى غيبة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح» و م ٩٠ اثبات سودانى : « يباشر الخبير عمله ولو تغيب الخصوم بعد دعوتهم على الوجه الصحيح ») .

(مادة ١٦٧)

يسمع الخبير أقوال الخصوم وملاحظاتهم ويسمع ـ بغير يمين ـ أقوال من يحضرونهم أو من يرى هو سماع أقواله اذا كان الحكم قد اذن له فى ذلك .

(م ١٤٨ اثبات مصرى و م ٢٢٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « على أهل الخبرة سماع أقوال الخصوم ومن رخصت له المحكمة باخذ أقوالهم » وم ١٥٠ ـ ١ بينات سورى : « يعد الخبير محضرا بمهمته يتضمن بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم وبيان ما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضت الضرورة سماعهم » وم ٩١ ـ ١ اثبات سودانى : « يعد الخبير محضرا بمهمته يتضمن دعوة الخصوم وأقوال وملاحظات من حضر منهم وما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضى الأمر سماعهم على أن يكون ذلك دون حلف يمين ») .

(مادة ١٦٨)

يجب أن يشتمل محضر أعمال الخبير على بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم موقعة منهم مالم يكن لديهم مانع من ذلك فيذكر فى المحضر كما يجب أن يشتمل على بيان أعمال الخبير بالتفصيل وأقوال الأشخاص الذين سمعهم من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وتوقيعاتهم .

(م ١٤٩ اثبات مصرى و ٢٢٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية): « يذكر فى المحضر المشتمل على أعمال اهل الخبرة أقوال الخصوم ومن رخص له باخذ أقوالهم ويوقع عليه من الجميع » وم ١٥٠ بينات سورى : « ١ ـ يعد الخبير محضرا يتضمن بيان حضور الخصوم وأقوالهم وملاحظاتهم وبيان ما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضت الضرورة سماعهم . ٢ ـ ويوقع الخصوم على أقوالهم وملاحظاتهم ويوقع غيرهم من الأشخاص على ما يدلون به من أقوال . واذا لم يوقعوا ، يذكر السبب فى المحضر » .

و ٩١ اثبات سودانى ونصها : « ١ ـ يعد الخبير محضرا بمهمته يتضمن دعوة الخصوم وأقوال وملاحظات من حضر منهم وما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذين اقتضى الأمر سماعهم على أن يكون ذلك دون حلف يمين . ٢ ـ يوقع الخصوم على أقوالهم وملاحظاتهم ويوقع غيرهم من الأشخاص على ما يدلون به من أقوال واذا امتنع أحدهم عن التوقيع يثبت الخبير ذلك فى محضر أعماله ») .

(مادة ١٦٩)

على الخبير أن يقدم تقريرا موقعا منه بنتيجة أعماله ورايه والأوجه التى استند اليها بايجاز ودقة .

فاذا كان الخبراء ثلاثة فلكل منهم أن يقدم تقريرا مستقلا برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا تقريرا واحدا يذكر فيه رأى كل منهم وأسبابه .

(م ١٥٠ اثبات مصرى و م ٢٢٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « يضع أهل الخبرة تقريرا ببيان أعماله ورأيه والأوجه التى استند اليها » وم ١٥١ بينات سورى :

« ١ ـ يشفع الخبير محضره بتقرير يضمنه نتيجة أعماله ورأيه والأوجه التى يستند اليها فى تبرير هذا الرأى . ويجب أن يكون التقرير دقيقا وان يكون موقعا عليه من الخبير .

٢ ـ واذا تعدد الخبراء واختلفوا فعليهم أن يقدموا تقريرا واحدا وأن يذكروا فيه رأى كل منهم وأسبابه » و م ٩٢ اثبات سودانى ونصها :

« ١ ـ يعد الخبير تقريرا بنتيجة فحصه .

٢ ـ يجب أن يشتمل التقرير على كافة الأمور التى طلب ابداء الرأى فيها مفصلا والنتائج التى توصل اليها الخبير والأسباب التى بنى عليها رأيه .

٣ ـ اذا تعدد الخبراء واختلفوا فى الرأى تعين أن يذكر فى التقرير رأى كل منهم مسببا .

٤ ـ يقدم الخبير تقريره ومحضر أعماله الى المحكمة وتعطى صورة من التقرير لمن يطلبها من الخصوم ») .

(مادة ١٧٠)

يودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب ويودع كذلك جميع الأوراق التى سلمت اليه فاذا كان مقر المحكمة المنظورة أمامها الدعوى بعيدا عن موطن الخبير جاز له ايداع تقريره وملحقاته قلم كتاب أقرب محكمة له ، وعلى هذه المحكمة ارسال الأوراق المودعة الى المحكمة التى تنظر الدعوى .

وعلى الخبير أن يخبر الخصوم بهذا الايداع فى الاربع والعشرين ساعة التالية لحصوله وذلك بكتاب مسجل .

(م ١٥١ اثبات مصرى و م ٢٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : ونصها : « يجب على الخبير أن يودع بنفسه أو بمندوبه الخاص فى قلم كتاب المحكمة تقريره مرفقا بجميع الأوراق التى يكون قد استلمها من الخصوم » ٠

وم ١٥٢ بينات سورى ونصها : « ١ - على الخبير أو من ينوب عنه بمقتضى توكيل خاص أن يسلم رئيس الكتاب فى المحكمة تقريره وما يلحق به من محاضر الأعمال وما سلم اليه من أوراق ٠ ٢ - وعلى رئيس الكتاب أن يبلغ صورة عن التقرير للخصوم خلال الثلاثة الأيام التالية لايداعه » وم ٩٢ - ٤ اثبات سودانى ونصها : « يقدم الخبير تقريره ومحضر أعماله الى المحكمة وتعطى صورة من التقرير لمن يطلبها من الخصوم » ٠

(مادة ١٧١)

اذا لم يودع الخبير تقريره فى الأجل المحدد فى الحكم الصادر بتعيينه وجب عليه أن يودع قلم الكتاب قبل انقضاء ذلك الأجل مذكرة يبين فيها ما قام به من الأعمال والأسباب التى حالت دون اتمام ماموريته ٠

وفى الجلسة المحددة لنظر الدعوى اذا وجدت المحكمة فى مذكرة الخبير ما يبرر تأخيره منحته أجلا لانجاز ماموريته وايداع تقريره ٠

فان لم يكن ثمة مبرر لتأخره حكمت عليه المحكمة بغرامة لا تزيد على خمسة عشر جنيها ومنحته أجلا آخر لانجاز ماموريته وايداع تقريره أو استبدلت به غيره وألزمته برد ما يكون قد قبضه من الأمانة الى قلم الكتاب وذلك بغير أخلال بالجزاءات التأديبية والتعويضات ان كان لها وجه ٠

ولا يقبل الطعن فى الحكم الصادر بابدال الخبير والزامه برد ما قبضه من الأمانة ٠

واذا كان التأخير ناشئا عن خطأ الخصم حكم عليه بغرامة لا تقل عن جنيه ولا تزيد على خمسة عشر جنيها ، ويجوز الحكم بسقوط حقه فى التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير ٠

(م ١٥٢ اثبات مصرى و م ٢٢٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : ونصها : « اذا لم يقدم أهل الخبرة تقريره فى المدة التى تستلزمها حالة العمل جاز لمن يطلب من الخصوم التعجيل أن يعلنه بالحضور أمام المحكمة بميعاد ثلاثة أيام على الأقل ٠

وعلى المحكمة ولو فى غيبته أن تضرب له ميعادا لتقديم تقريره أو تستبدل به غيره » ٠

وم ١٥٧ - ١ بينات سورى ونصها : « ١ - اذا لم يقم الخبير بمهمته ولم يكن قد أعفى منها أو استقال من مهمته بعد أن باشرها حكمت المحكمة عليه بالنفقات التى صرفها بلا فائدة وبرد ما يكون قد قبضه من السلفة ، وبالتعويضات ان كان لها محل ٠ ويجوز للمحكمة علاوة على ذلك أن تحكم عليه بغرامة نقدية من ١٠ ليرات الى ٣٠٠ ليرة سورية ٠

٢ - تطبق الفقرة السابقة أيضا على الخبير الذى قررت المحكمة الاستعاضة عنه بغيره عملا بالفقرة الثانية من المادة ١٥٣ ») ٠

(مادة ١٧٢)

للمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير فى جلسة تحددها لمناقشته فى تقريره ان رأت حاجة لذلك ، ويبدى الخبير رأيه مؤيدا بأسبابه ، وتوجه اليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ما تراه من الأسئلة مفيدا فى الدعوى ٠

(م ١٥٣ اثبات مصرى وم ١٥٤ بينات سورى) :

« ١ - للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تأمر بدعوة الخبير لحضور الجلسة اذا رأت فى تقريره نقصا أو اذا رأت أن تستوضحه فى مسائل معينة ولازمة للفصل فى الدعوى ٠

٢ - وللمحكمة أن توجه الى الخبير من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من الأسئلة ما يكون مفيدا فى ايضاح تلك المسائل ٠

٣ - ولها اذا رأت عدم كفاية الايضاحات أن تأمر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم بالقيام بتحقيق فنى جديد أو بعمل تكميلى تعهد به الى الخبير نفسه أو الى خبير آخر ٠

وم ٩٣ اثبات سودانى ونصها : « للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم دعوة الخبير لمناقشته فى تقريره اذا رأت أنه غير مستوف أو اذا رأت أن تستوضحه فى أمور لازمة للفصل فى الدعوى٠ ولها اذا رأت عدم كفاية الايضاحات التى قدمها الخبير أن تكلفه تلافى الخطأ أو النقص أو تعهد بالمهمة الى خبير غيره ») ٠

(مادة ١٧٣)

للمحكمة أن تعيد المامورية الى الخبير ليتدارك ما تبينه له من وجوه الخطأ أو النقص فى عمله أو بحثه ولها أن تعهد بذلك الى خبير آخر أو الى ثلاثة خبراء آخرين ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق ٠

(١٥٤ اثبات مصرى و م ١٥٤ - ٣ بينات سورى : « ولها (أى للمحكمة) اذا رأت عدم كفاية الايضاحات أن تأمر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم بالقيام بتحقيق فنى جديد أو بعمل تكميلى تعهد به الى الخبير نفسه أو الى خبير آخر » وعجز م٩٣ اثبات سودانى : « ولها (للمحكمة) اذا رأت عدم كفاية الايضاحات التى قدمها الخبير أن تكلفه تلافى الخطأ أو النقص أو تعهد بالمهمة كلها الى خبير غيره » ٠

وم ٢٤١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « يجوز عند الاقتضاء تكرار تعيين أهل الخبرة السابقين أو غيرهم » ٠

(مادة ١٧٤)

للمحكمة أن تعين خبيرا لابداء رأيه مشافهة بالجلسة بدون تقديم تقرير ويثبت رأيه فى المحضر .

(م ١٥٥ اثبات مصرى وم ٢١٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « يجوز للمحكمة أن تعين أهل خبرة ليعطوا رأيهم أمام الجلسة شفهيا بدون احتياج لتقديم تقرير وفى هذه الحالة يكتب رأيهم بمحضر الجلسة » .

وم ١٤٢ بينات سورى : « للمحكمة أن تعين خبراء ليدلوا برأيهم شفويا فى الجلسة دون حاجة الى تقديم تقرير وفى هذه الحالة يثبت رأيهم فى محضر الجلسة وم ٨٨ اثبات سودانى : « للمحكمة أن تعين خبير أو أكثر لابداء الرأى أمامها بالجلسة دون حاجة الى تقديم تقرير مكتوب ، وفى تلك الحالة يدون رأى الخبير فى محضر الجلسة ») .

(مادة ١٧٥)

رأى الخبير لا يقيد المحكمة .

(م ١٥٦ اثبات مصرى وم ٢٤٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « لا تكون المحكمة مقيدة برأى أهل الخبرة » وم ١٥٥ بينات سورى ونصها : « رأى الخبير لا يقيد المحكمة ، واذا حكمت المحكمة خلافا لرأى الخبير وجب عليها بيان الأسباب التى أوجبت اهمال هذا الرأى كله أو بعضه . » وم ٩٤ اثبات سودانى : « رأى الخبير لا يقيد المحكمة وعليها اذا قضت بخلاف رأيه أن تضمن حكمها الأسباب التى أوجبت عدم الأخذ برأى الخبير كله أو بعضه ») .

(مادة ١٧٦)

تقدر اتعاب الخبير ومصروفاته بأمر يصدر على عريضة من رئيس الدائرة التى عينته أو قاضى محكمة المواد الجزئية الذى عينه بمجرد صدور الحكم فى موضوع الدعوى .

فاذا لم يصدر هذا الحكم فى الثلاثة الأشهر التالية لايداع التقرير لأسباب لا دخل للخبير فيها قدرت أتعابه ومصروفاته بغير انتظار الحكم فى موضوع الدعوى .

(م ١٥٧ اثبات مصرى وم ٢٣١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « أجور الخبراء ومصاريفهم تقدرها المحكمة التى تنظر الدعوى بأمر يحرر فى آخر التقرير . واذا مضى أربعة أشهر من تقديم التقرير ولم يصدر حكم فى الدعوى جاز للخبير أن يقدم طلبا بتقدير أجرته للرئيس أو للقاضى . وتذكر القيمة المقدرة بالعبارة والأرقام ويوقع على ذلك من الرئيس والكاتب » . وم ١٥٦ بينات سورى ونصها : « تقدر أتعاب الخبير ونفقاته وفقا للقوانين النافذة » . وم ٩٥ اثبات سودانى ونصها : « تقدر المحكمة أتعاب الخبير ومصروفاته مراعية فى ذلك أهمية الدعوى والأعمال التى قام بها والزمن الذى استغرقه فى أداء المهمة ، ويلزم بها الخصم الذى طلب ندب الخبير أو كان ندبه فى مصلحته وبعد الحكم فى الدعوى تدخل فى مصروفاتها ويلزم من يقضى الحكم بالزامه بها » .

(مادة ١٧٧)

يستوفى الخبير ما قدر له من الأمانة ويكون أمر التقدير فيما زاد عليها واجب التنفيذ على من طلب تعيينه من الخصوم ، وكذلك على الخصم الذى قضى بالزامه بالمصروفات .

(م ١٥٨ اثبات مصرى و٢٣٤ من لائحة المحاكم الشرعية : « تقدير الأجرة يكون نافذا على الخصم الذى طلب تعيين أهل الخبرة أو كان تعيين الخبير فى مصلحته ومن بعد صدور الحكم فى الدعوى يكون نافذا أيضا على المحكوم عليه ») .

(مادة ١٧٨)

للخبير ولكل خصم فى الدعوى أن يتظلم من أمر التقدير وذلك خلال الثمانية الأيام التالية لاعلانه .

(م ١٥٦ اثبات مصرى وم ٢٣٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : « تقبل المعارضة فى تقدير الأجرة من الخصوم وأهل الخبرة فى الأيام الثلاثة التالية ليوم اعلان الأمر بتقديرها وتكون بعريضة تقدم لرئيس المحكمة أو للقاضى الجزئى ويترتب عليها ايقاف تنفيذ الأمر المذكور ») .

(مادة ١٧٩)

لا يقبل التظلم من الخصم الذى يجوز تنفيذ أمر التقدير عليه الا اذا سبقه ايداع الباقى من المبلغ المقدر خزانة المحكمة مع تخصيصه لأداء ما يستحقه الخبير .

(م ١٦٠ اثبات مصرى) .

(مادة ١٨٠)

يحصل التظلم بتقرير فى قلم الكتاب ويترتب على رفعه وقف تنفيذ الأمر وينظر فى غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم الحضور بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد ثلاثة أيام ، على أنه اذا كان قد حكم نهائيا فى شأن الالزام بمصروفات الدعوى فلا يختصم فى التظلم من لم يطلب تعيين الخبير ولم يحكم عليه بالمصروفات .